Bavar.
2459
a
Fiche

Bavar. 2459 o

Seuffert

Fiche

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36623725270011 S

<36623725270011

Bayer. Staatsbibliothek

Beiträge

zur

Geſetzgebung,

insbeſondere des

Königreichs Baiern.

R

Von

Dr. J. A. Seuffert,
ö. o. Profeſſor der Rechte auf der Kön. Baieriſchen Univerſität zu Würzburg.

Würzburg 1823.

In der Stahelſchen Buchhandlung.

158. C.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Ueber
die Eintheilung der ſtrafbaren Handlungen
in
Verbrechen und Vergehen.

§. 1.

Der neue Entwurf eines Strafgeſetzbuchs für das Königreich Baiern theilt, wie die gegenwärtige Geſetzgebung (das Strafgeſetzbuch vom Jahre 1813 und der im Rheinkreiſe geltende code pénal), die Geſammtheit aller ſtrafbaren Handlungen in drei Claſſen ab: Verbrechen (crimes), Vergehen (delits), Polizeyübertretungen (contraventions). Ein objectiver Grund der Eintheilung, zufolge deſſen ſich der Inhalt jeder Claſſe durch conſequente Folgerung entwickeln und beſtimmen ließe, iſt von den Geſetzgebern nicht angeführt worden, und es läßt ſich auch ein ſolcher nicht ausmitteln. Dieſe Eintheilung war kein Product der Theorie, der Wiſſenſchaft; es ſollte damit einem practiſchen Bedürfniſſe genügt werden, und die Geſetzgeber wollten gleichſam nur ſanktionniren, was ſchon im Sprachgebrauche, in den Anſichten des Volks, und zum Theil auch in frühern Inſtitutionen bereits vorhanden war. In Frankreich hatte dieſe Claſſification noch einen Stützpunkt in der neugeſchaffenen Gerichtsverfaſſung; indem nur die ſchwereren zu den crimes gerechneten Rechtsverletzungen dazu geeignet ſchienen, die feierliche Verhandlung vor dem Aſſiſenhofe zu veranlaſſen. Dieſem zufolge haben die verſchiedenen Claſſen ihre Unterſcheidungsmerkmale zunächſt nur in ihren Attributen, nämlich in den angedrohten Strafen und zum Theil auch in dem zu beobachtenden Verfahren. Die Idee, welche den Geſetzgeber bei der Zutheilung der einzelnen ſtrafbaren Handlungen in dieſe und jene Claſſe geleitet hat, läßt ſich in einem allgemeinen Grundſatze nicht ausſpre-

chen; es mochten wohl bei jeder einzelnen Strafbeſtimmung alle die Umſtände zur Erwägung kommen, welche ſchon nach allgemeinen Principien die Strafbarkeit der Handlung und das Strafmaaß beſtimmen; allein über die Wirkſamkeit dieſer Erwägungen im Einzelnen entſchied, wo irgend ein Zweifel obwalten konnte, nur die ſubjective Anſicht, und vielleicht oft nur das individuelle Gefühl des Geſetzgebers. Die Prüfung der Strafandrohungen in einer alſo abgefaßten Geſetzgebung kann demgemäß nicht darauf gehen, ob in den einzelnen Beſtandtheilen des Strafſyſtems das Princip deſſelben conſequent durchgeführt ſey; ihre Aufgabe mag vielmehr nur darin beſtehen, zu unterſuchen, ob die Einreihung der einzelnen ſtrafbaren Handlungen in dieſe oder jene Claſſe im Verhältniſſe zu deren Attributen paſſend und gerecht ſey. Dieſe Unterſuchung kann vielleicht zu einem Urtheile über den Werth und die Bedeutung der ganzen Claſſification und etwa auch zu dem Verſuche führen, ein zweckgemäßes Princip für eine ſolche Gliederung des Strafſyſtemes aufzuſtellen.

Auch der neue Entwurf fußt ſich, wie ſchon bemerkt, auf die fragliche Eintheilung. Dieſe iſt, zufolge des Vorworts, in der Art geſchehen, wie die Handlungen nach der Wichtigkeit des Gegenſtandes und nach der Schwere der That eine in Anſehung ihrer Beſchaffenheit und rechtlichen Wirkungen härtere Strafe, oder aus den entgegengeſetzten Gründen eine geringere Strafe zur nothwendigen Folge haben. Hiernach zerfällt der, Vollſtändigkeit erſtrebende, Entwurf in zwei Theile, von welchen der erſte die höher ſtrafbaren Handlungen unter dem Namen Verbrechen und Vergehen, der zweite aber die geringer ſtrafbaren unter dem Namen Uebertretungen behandelt. — Die Aufgabe gegenwärtiger Abhandlung iſt es nun, vorerſt eine Reihe von Bemerkungen über einzelne Strafbeſtimmungen zu liefern,

und in Folge deſſen die Möglichkeit eines allgemeinen zweckgemäßen Princips der Eintheilung anzudeuten. Da ich der Prüfung des zweiten Theils eine eigene Abhandlung beſtimmt habe, ſo wird es die gegenwärtige vorzugsweiſe mit dem Gegenſatze von Verbrechen und Vergehen zu thun haben.

§. 2.

Als Vergehensſtrafen ſind im Entwurfe genannt: Gefängniß, Dienſtentlaſſung, Herabſetzung eines Beamten auf eine geringere Stelle, Geldſtrafe, Widerruf und Abbitte. Aber noch eine andere, und zwar für alle Vergehen allgemeine Strafe iſt in einem andern Zweige unſrer Geſetzgebung, nämlich in dem Gemeindeedikte vom 17. Mai 1818 und in der Verfaſſungsurkunde vom 26. deſſelben Monats, zwar nicht ausdrücklich, jedoch der That nach angedroht; ich meine hier die Beſtimmung, zufolge welcher alle diejenigen, die wegen Verbrechens oder Vergehens angeklagt waren, und nicht von aller Schuld freigeſprochen wurden, für immer paſſiv wahlunfähig ſind, ſowohl zu Gemeindeämtern als zur Ständeverſammlung.

Volksrepräſentation und Gemeindeverfaſſung werden blos auf dem Papiere glänzen, und ihre Beſtimmung, die Quellen und Stützen geordneter und geſetzlicher Freiheit und hierin eines würdigen politiſchen Lebens zu ſeyn, gänzlich verfehlen, wenn nicht die todten Formen beſeelt werden von der Geſinnung der Bürger, in welcher ſie ihre Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten als die Schutzwehr ihres Glückes und Wohlſtandes und zugleich auch als ihr theuerſtes Recht und ihre heiligſte Pflicht betrachten. Der Bürger muß die paſſive Wahlfähigkeit, vermöge welcher er die Ausſicht hat, als Repräſentant ſeiner Vaterſtadt oder gar der ganzen Nation zum Beſten des Gemeinweſens mitwirken zu können, als

ein äußerſt ſchätzbares Gut und den Verluſt deſſelben als ein überaus großes Uebel betrachten. Dieſe Fähigkeit, zur öffentlichen Thätigkeit für das Vaterland gerufen zu werden, muß ihm für die Wurzel ſeiner Ehre gelten, und dieſe würde durch die Verwirkung derſelben ausgeriſſen werden. — Die Regierung, welche es redlich meint mit dem Volke und ſeiner verfaſſungsmäßigen Freiheit, wird die gedachte patriotiſche Geſinnung auf jede Weiſe zu nähren und zu beleben, ſie wird den Werth der conſtitutionellen Inſtitutionen in den Augen des Volkes immer mehr zu erhöhen und den Wetteifer zur Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten eifrig zu befeuern ſuchen. Ganz angemeſſen wird es in dieſer Beziehung Jedermann finden, wenn das Geſetz von der paſſiven Wahlfähigkeit diejenigen ausſchließt, welche durch verbrecheriſche und überhaupt ſchlechte Handlungen die Achtung ihrer Mitbürger verloren haben. Allein wenn man die Anſicht, daß die Wahlfähigkeit ein äußerſt ſchätzbares Gut und der Verluſt derſelben ein überaus großes Uebel ſeyn müſſe, conſequent verfolgt, ſo ergiebt ſich die Folge, daß die Entziehung derſelben eine ſehr empfindliche, harte Strafe ſey. Im Sinne eines wahrhaft conſtitutionellen Lebens kann man ſagen, daß denjenigen, der für die Zukunft die paſſive Wahlfähigkeit verliert, die Strafe der Infamia, Ehrloſigkeit treffe. Soll dieſe Strafe nicht zu hart, ſoll ſie gerecht ſeyn, ſo darf ſie nicht allgemeines Anhängſel aller übrigen ſchweren und gelinden Strafen ſeyn, und wohl eine große Menge von Handlungen, welche nicht ſtraflos bleiben dürfen, verdienen doch auf keinen Fall jene ſchon darum ſehr empfindliche Strafe, weil ſie lebenslänglich wirkt.

Die Erwägung dieſer Gründe hat, wie in dem Vorworte des neuen Entwurfs geſagt wird, viel dazu beigetragen, daß die bloße Fahrläßigkeit aus der Reihe der Vergehen in das Gebiet der Uebertretungen ver-

wieſen wurde; — indem die Gerechtigkeit nicht erlaube, die Ausſchließung von der Ausübung ſo wichtiger ſtaatsbürgerlichen Rechte da eintreten zu laſſen, wo es an böſem Vorſatz gänzlich mangelt.

Aber wenn einmal die Entziehung der paſſiven Wahlfähigkeit bedeutendes Gewicht erhalten und als empfindliche Strafe gelten ſollte, ſo iſt man doch, indem man nur die culpoſen Vergehen derſelben entzog, auf halbem Wege ſtehen geblieben, und der Gerechtigkeit, mit welcher ſich die Verhängung unverhältnißmäßig ſchwerer Strafen nicht verträgt, iſt nur zum Theile genügt worden. Niemand wird zwar in Abrede ſtellen, daß bei der Verurtheilung in eine Vergehensſtrafe wegen Diebſtahls, Unterſchlagung, Fälſchung oder Betrugs die fragliche Entziehung ſtaatsbürgerlicher Rechte mit vollem Fuge eintrete; und es iſt zweifellos ein Vorzug des neuen Entwurfs (Art. 31), daß er mit den Vergehensſtrafen in dieſen Fällen die im Art. 13 angegebenen, ſonſt der Regel nach nur bei Verbrechen eintretenden nachtheiligen Folgen verbindet: nämlich den lebenslänglichen Verluſt

1) des Adels; jedoch nur für die Perſon des Verurtheilten, und unbeſchadet der Rechte ſeiner Familie;

2) aller Hof- und Ehrenämter;

3) aller unmittelbaren oder mittelbaren Staats- oder andern öffentlichen Dienſte mit allen davon abhängenden Rechten und Vorzügen;

4) aller Würden und Ehrenauszeichnungen, insbeſondere der Medaillen.

Der Geſetzgeber hat durch dieſe Unterſcheidung der Natur der Sache, dem lebendigen Rechtsgefühle aller redlichen Leute, der richtenden öffentlichen Meinung gehuldigt. Warum aber iſt er dieſer ſicher leitenden Stimme nicht weiter gefolgt, oder vielmehr, warum hat er den

Standpunkt, auf den ſie ihn bereits geführt, nicht noch zu den andern, eben ſo nahe liegenden Verbeſſerungen benutzt?

Derjenige, der auch nur einmal in unbedeutendem Betrage geſtohlen oder betrogen hat, hat eben dadurch ſeinen Charakter dermaßen entwürdigt, daß der Verluſt des Adels, aller Hof- und Ehrenämter, aller Würden und Ehrenauszeichnungen und die Unfähigkeit zum Staatsdienſte gleichſam eine ſich von ſelbſt verſtehende Folge iſt. Eben ſo muß der Dieb und Betrüger von der ehrenvollen Theilnahme an der Gemeinde- und Volksvertretung ohne Anſtand ausgeſchloſſen werden. — Wer aber eine Vergehensſtrafe z. B. nur durch eine Körperverletzung verwirkt hat, behält zwar alle zuerſt genannten Vorzüge und Rechte, aber der Fähigkeit, Gemeindebevollmächtigter, Magiſtratsrath und Landſtand zu werden, iſt er auf Zeitlebens verluſtig! — Worin ſoll der Grund des Unſchieds liegen? warum ſoll derjenige, der nur auf dem Wege der Volkswahl zu öffentlicher gemeinnütziger Thätigkeit gelangen kann, warum ſoll dieſer härter geſtraft werden als der Andere, dem der Weg offen bleibt, als Staatsdiener zu den höchſten Würden und Ehren zu gelangen?

Man denke ſich folgenden Fall. Titius hatte als Jüngling von 16 Jahren ohne vorbedachten Entſchluß in aufwallender Leidenſchaft eine Körperverletzung begangen, die er mit Gefängniß von 8 Tagen als Vergehensſtrafe abbüßen mußte. Von dieſer Zeit an fiel ihm auch nicht das Geringſte mehr zur Laſt; vielmehr iſt er zu einem Manne im ſchönſten Sinne des Wortes herangereift, er iſt allgemein geachtet wegen ſeiner Rechtlichkeit, Gediegenheit, Einſicht; das Vaterland verdankt ihm bedeutende Fortſchritte im Leben der Induſtrie und des Handels, ſeine Vaterſtadt die Begründung ſegensvoller Wohlthätigkeitsanſtalten, und hunderte ſeiner Mitbürger die menſchenfreundlichſte Unterſtützung mit Rath und

That. Da naht die Epoche, in welcher aus den Ehrenmännern der Stadt die Vertreter der Gemeinde und die Abgeordneten zum Landtage zu erwählen ſind. Die Blicke aller Redlichen ſind auf den bezeichneten Biedermann gerichtet, man wünſcht ſich Glück, die öffentlichen Intereſſen ſolchen Händen anvertrauen zu können, und er ſelbſt freut ſich des ehrenvollen Rufes zu neuer patriotiſcher Wirkſamkeit. — Doch das eiſerne Geſetz vernichtet alle die Hoffnungen und Wünſche! Der über allen Tadel erhabene, an jahrelangen Verdienſten reiche Mann muß die augenblickliche, unbedeutende Uebereilung des 16jährigen Jünglings noch einmal büßen, er wird wegen des längſt vergeſſenen Vergehens aus der Liſte der Wahlfähigen geſtrichen. Noch aber iſt es nicht zum letztenmal geweſen, daß die kleine Schuld langer Vergangenheit ſo kränkende Erinnerungen hervorruft; alle 3 Jahre, bei jeder neuen Wahl, wiederholt ſich die Strafe, überall muß der treffliche Mann, gleich einem Unwürdigen, Verworfenen, aus den Schranken zurückweichen, und nur der Tod endet die Wiederkehr der bittern Kränkung *). —

*) Man wird vielleicht dieſem Bilde den Vorwurf machen, daß die Farben zu ſtark aufgetragen ſeyen, daß ein ſolcher ſeltner Ausnahmsfall von der Geſetzgebung nicht berückſichtigt werden könne. — Allein man denke ſich die nähern Merkmale des dargeſtellten Falles hinweg, und nehme blos an, daß die Ausſtreichung aus der Wahlliſte einen anerkannt redlichen und tüchtigen Mann treffe, welcher die hohe Würde der thätigen Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten lebendig fühlt. Solcher Männer giebt es, Gott ſey Dank, nicht wenige, und der Fall, daß ſolchen Männern die paſſive Wahlfähigkeit wegen eines unbedeutenden Vergehens der oben gedachten Art beſtritten wird, dürfte nicht gar ſelten ſeyn. In dem Untermainkreiſe iſt derſelbe ſchon mehrmals vorgekommen, und ſchon öfter wurde, um die bittre Kränkung abzuwenden, Reaſſumtion der früher abgethanen Unterſuchungsſache verlangt.

Wahrlich! entweder muß hier die Strafe (insbeſondere nach ihrer Gattung) für ganz unpaſſend und übermäßig hart gehalten werden, oder man muß annehmen, daß der Geſetzgeber die paſſive Wahlfähigkeit für eine ganz bedentungsloſe Eigenſchaft, und daher deren Verluſt für ein ganz geringes, zur Beſtrafung der leichteſten Vergehen geeignetes Uebel anſieht.

Bei den Griechen gab die τιμή, welche von der Theilnahme am Gemeinweſen ausgieng, den Bürgern ein hohes, kräftiges Würdegefühl. Nicht ſelten war die Strafe der ἀτιμία angedroht, welche in dem Verluſte der Befugniß, die Rednerbühne zu beſteigen und an das Volk zu ſprechen u. dgl. beſtand; — aber nicht jedes leicht verzeibliche Vergehen zog dieſe Strafe nach ſich, ſondern indem ſie nur bei wahrhaft ſchimpflichen Handlungen (insbeſondere auch gegen die, welche ſich, wenn es fürs Vaterland galt, feig und theilnahmlos gezeigt hatten) verhängt wurde, war eben der Werth jener τιμή anerkannt, und das Würdegefühl des Bürgers genährt.

In England iſt die Unfähigkeit zur Wahl als Parlamentsmitglied vom Geſetze nur als Strafe der bei den Wahlen ſtatt findenden Umtriebe angedroht; im Uebrigen vertraut das Geſetz dem Gemeingeiſte und Ehrgefühle der Bürger, daß ſie keinen Unwürdigen oder gar einen Verbrecher ins Unterhaus wählen. Jedoch haben wir erſt kürzlich von mehreren Beiſpielen Kunde erhalten, daß Parlamentsglieder wegen (nicht infamirender) Vergehen zur Gefängnißſtrafe verurtheilt wurden, und nach ausgeſtandener Strafe ihren Sitz im Parlamente wieder einnahmen.

Im franzöſiſchen Strafgeſetzbuche iſt die „interdiction a temps de certains droits civiques“, worunter les droits de vote et d'election, de l'eligibilité, d'être

appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques" — als eine eigene Correktionell-ſtrafe aufgeführt, welche in gewiſſen, vom Geſetze be-zeichneten Fällen einer andern Strafe beigefügt werden kann oder ſoll. Wenn man aber die Fälle vergleicht, in welchen dieſe Interdiction Platz greift, ſo erſieht man, daß hier der Geſichtspunkt des oben erwähnten Art. 31 conſequenter durchgeführt iſt. Jedenfalls fällt auch die in den baieriſchen Geſetzen liegende übermäßige Härte dadurch hinweg, daß die fragliche Interdiction nur auf gewiſſe Zeit eintritt.

Wenn es nun allerdings dem neuen Entwurfe zum Vorzuge gereicht, daß dabei auf die Verfaſſung und auf die Bildung und Bedeutung eines volksthümlichen Gei-ſtes der Staatsbürger geeignete Rückſicht genommen iſt, ſo wurde doch wohl nachgewieſen, daß dieſe Rückſicht nicht umfaſſend genug wirkte. In dem neuen Entwurfe iſt der code pénal in ſo mannigfacher Hinſicht benutzt und nachgebildet; insbeſondere iſt die Entziehung der aktiven Wahlfähigkeit (Wahlſtimmrecht, droit de vote et d'election) als Schärfung der Gefängnißſtrafe aus-drücklich herübergenommen (Art. 16); es wäre wohl zweckgemäß, wenn man die Nachbildung auch auf das „droit de l'eligibilité" ausgedehnt und es in dieſer Hinſicht nicht ſchlechthin bei der Beſtimmung der Verfaſ-ſungsurkunde und des Gemeinde-Edikts belaſſen hätte. Zwar wäre in dem hier motivirten Antrage eine Abän-derung der Verfaſſungsurkunde vorgeſchlagen worden; aber das Recht dazu ſteht ja dem Könige zu, und kein Baier zweifelt daran, daß derſelbe dieß Recht überall geltend machen werde, wo es ſich von einer weſentlichen Verbeſſerung des Beſtehenden handelt.

§. 3.

Die Feſtungsſtrafe iſt in dem Strafgeſetzbuche von

1813 als eine eigne Strafgattung aufgeführt, welche in ihren verſchiedenen Graden nach Erwägung beſonderer Umſtände (Th. I. Art. 19—21. Anmerkungen Bd. 1. S. 101 ff.) ſtatt der übrigen Freiheitsſtrafen erkannt werden kann. — Im neuen Entwurfe iſt die Feſtungsſtrafe aus der Strafſcala ganz verſchwunden, und es wird nur im Art. 27 beſtimmt:

„Nach beſondern Umſtänden kann das Gericht geſtatten, daß die Strafe des Zucht- oder Arbeitshauſes oder des Gefängniſſes an dem Verurtheilten auf einer Feſtung vollzogen werde; jedoch muß vorher für den Mehrbetrag der hierdurch erhöhten Koſten hinreichende Sicherheit geleiſtet ſeyn."

Bei Einführung der Feſtungsſtrafe in die geltende Legislation war zwar, wie die Anmerkungen ſagen, keineswegs verkannt worden, daß jeder Unterthan nach gleichen Geſetzen gerichtet werden ſolle, und eine im Weſentlichen oder in den juriſtiſchen Folgen verſchiedene Strafart nach Standesverſchiedenheit in ein rechtswidriges Privilegium einer wenigſtens relativen Ungeſtraftheit übergehen werde; — eben ſo hatte man erwogen, daß ein Menſch deſto ſtrafbarer ſey, je mehr ihn ſein höherer Stand oder ſeine vorzügliche Geiſtesbildung von Begehung unerlaubter Handlungen abhalten ſollte. Gleichwohl glaubte man die nach Umſtänden zuläſſige Verwandlung der andern Freiheitsſtrafen in Feſtungsſtrafe dadurch rechtfertigen zu können, weil die Strafübel in den allgemeinen Strafanſtalten in vielen Fällen auf die unſchuldige Familie und Verwandten des Sträflings auf vielfache Weiſe nachtheilig zurückwirken könnten, und zugleich den Mann von höherem Stande oder höherer Bildung bei weitem härter treffen, als denjenigen, der in denſelben an Umgebungen, Lebensart, Arbeit und dergleichen keine auffallende Aenderung ſeines

vorigen Zuſtandes findet. Man war dabei von der ferneren Anſicht ausgegangen, daß es juriſtiſch gleichgültig ſey, an welchem Orte der Verbrecher aufbewahrt werde, wenn er nur die durch das Geſetz beſtimmte Dauer und den Grad der Strafe aushalten müſſe, und man wollte demzufolge den bei Verbrechen und Vergehen ausgeſprochenen Strafen eine coordinirte, gleich ſtarke, mit gleichen rechtlichen Folgen verknüpfte Strafe zur Seite geſtellt haben, wodurch, wenn beſondere Gründe für die Familie des Verbrechers oder für ihn ſelbſt eintreten, eine im Weſentlichen gleiche Strafe an ihm vollzogen werden könnte, ohne jedoch mit derſelben alle nicht weſentlichen Nebenwirkungen zu verbinden, welche auf den gemeinen Mann nicht ſo, wie auf den Gebildeten und Vornehmen, nachtheilig einwirken. Es ſollte auf dieſe Weiſe jeder Verbrecher juriſtiſch gleich beſtraft, und nur das Strafübel in Nebendingen den perſönlichen Verhältniſſen angepaßt werden.

Die Feſtungsſtrafe, wie ſie ſchon im Strafgeſetzbuche von 1813 beſteht, war demnach weiter nichts, als die ordentliche, nur in der Vollziehung einigermaßen modificirte Strafe. Dieſe Modificationen ſollten offenbar eine Strafmilderung, aber nur in Nebendingen, enthalten, und dieſe Milderung durch die perſönlichen Verhältniſſe des Verurtheilten gerechtfertigt ſeyn. Worin beſtehen aber die Merkmale der Milderung, durch welche ſich die Vollziehung auf der Feſtung von der im gewöhnlichen Strafhauſe unterſcheidet? — In dieſer Hinſicht läßt ſich anführen:

a) Der Feſtungsſträfling iſt von dem gewöhnlichen Troſſe der Verbrecher, dem Auswurfe der menſchlichen Geſellſchaft, getrennt, und indem der Staat dieſe Trennung genehmigt, ſpricht er noch einige Rückſicht auf den moraliſchen Werth des Verurtheilten aus. Dieſer ſelbſt, wenn nicht alles ſittliche Gefühl in ihm erſtorben iſt,

muß in der geſtatteten Abſonderung, einen weſentlichen Unterſchied anerkennen, und ſelbſt die Einſamkeit, in der er vielleicht leben muß, wird ihm — in Vergleich mit der oben bezeichneten Geſellſchaft — als eine Wohlthat erſcheinen.

b) Der Aufenthalt auf einer Feſtung iſt der Regel nach leidlicher und geſünder, als in dem gewöhnlichen Strafhauſe, und man darf ſich auch dort mehr Rückſicht und Humanität in der Behandlung verſprechen, als in den Reihen der gemeinen Verbrecher. Insbeſondere mag es auf der Feſtung eher zuläſſig ſeyn, dem gebildeten Sträfling zu Zeiten auch geiſtige Nahrung zukommen zu laſſen; was im Zucht- und Arbeitshauſe kaum geſtattet werden könnte.

c) Hauptſächlich fußt ſich die in der Verwandlung zur Feſtungsſtrafe liegende Milderung in der öffentlichen Meinung. Schon geſchichtlich iſt es begründet, daß die Feſtungsſtrafe die Ehre nicht ſo ſehr angreift, als die Verurtheilung ins Zucht- und Arbeitshaus. Dieſelbe war immer vorzugsweiſe gegen ſolche Verbrecher beſtimmt, gegen welche das Volk weniger Abſcheu oder Verachtung als Mitleid empfinden mochte; militäriſche Dienſtfehler, Tödtungen oder Verwundungen im Duelle, politiſche Verbrechen u. dgl. wurden auf der Feſtung abgebüßt, und zur nachſichtigen Beurtheilung dieſer Art von Strafe mag es auch beigetragen haben, weil man wohl in frühern Zeiten hie und da Veranlaſſung fand, ſich die Bevölkerung der Feſtungsgefängniſſe als Opfer des Despotismus und der Willkühr zu denken. Jedenfalls kann man es als ausgemacht annehmen, daß die in Deutſchland mit gewiſſen Strafen in der öffentlichen Meinung verbundene Infamie wenigſtens nicht im gleichen Grade der Feſtungsſtrafe anklebt, und wahrſcheinlich iſt hierauf bei Anführung des Motives:

„daß die Strafübel in den allgemeinen Strafanſtal-

„ten in vielen Fällen auf die unſchuldige Familie
„und Verwandten des Sträflings auf vielfache Weiſe
„nachtheilig zurückwirken können,“

beſondere Rückſicht genommen worden.

Aber wenn der Unterſchied zwiſchen der Feſtungs- und den andern coordinirten Strafen äußerſt fühlbar ſeyn muß aus dem Standpunkte ſittlichen Werthes, wenn der Feſtungs-Sträfling dem in Zucht- oder Arbeitshaus verwahrten Verbrecher zu ſeinem Vortheile in der öffentlichen Meinung nicht gleich ſteht, wenn der Aufenthalt auf der Feſtung geſünder, und auch ſonſt in mancher Hinſicht erträglicher iſt; — wie kann man ſagen, daß hier ein Unterſchied nur in Nebendingen ſtatt finde, und daß es juriſtiſch gleichgültig ſey, ob der Verbrecher ſeine Strafzeit auf der Feſtung oder im Arbeitshauſe aushalte? — Mögen Dauer, Kleidung, Koſt, Behandlung im Allgemeinen, und die übrigen Folgen ganz gleich ſeyn; ſchon das oben angegebene erſte Unterſcheidungsmerkmal begründet einen wirklichen Gattungsunterſchied.

Mir iſt der Fall bekannt, daß ein Mann, der bis in ſein vierzigſtes Jahr tadelfrei gelebt hatte, und nun wegen Tödtung ohne Vorbedacht ins Zuchthaus gekommen war, darüber, daß er, der bisher ehrliche Mann, itzt ſein Leben unter Räubern, Dieben und andern ächten Spitzbuben zubringen und dadurch ihnen gleichgeſtellt ſeyn ſollte; — in kurzer Friſt wahnſinnig wurde. Der Mann hatte ein ſehr tiefes Gefühl ſeiner Schuld, er fand das Urtheil bei der Bekanntmachung gerecht; aber die Vollziehung deſſelben, durch welche er in die Gemeinſchaft der ſittlichen Verworfenheit gebracht wurde, dieſe brachte ihn zuerſt auf den Glauben, daß ihm zu viel geſchehen ſey — und folgeweiſe zum Wahnſinn. — Wäre bei dieſem Manne die Zuchthaus- in Feſtungsſtrafe verwandelt, wäre ihm während ſeiner Strafzeit Einſam-

keit oder die Gemeinſchaft mit andern Sträflingen gleicher oder ähnlicher Art geſtattet worden; er würde, im Bewußtſeyn ſeiner Schuld, mit Ruhe und Ergebung in der Zukunft Verſöhnung gehofft, und ſich der Wiederkehr ins bürgerliche Leben, ſobald ſie das Geſetz zuläßt, würdig gemacht haben. Allein er war nur ein ſchlichter Bürger, gehörte nicht zu den gebildeten Ständen, und es war demnach kein Grund vorhanden, die ohnehin nur in Nebendingen wirkſame Strafmodification eintreten zu laſſen!! Gleichwohl war es nur die angeblich außerweſentliche Modalität der ordentlichen Strafe, d. h. deren einſchneidende Wirkung auf das noch lebende ſittliche Gefühl, — was in dem gegebenen Falle die Strafe der Freiheitsberaubung zur Vernunftberaubung ſteigerte.

In dem Strafgeſetzbuche von 1813 war das Bedürfniß einer ſelbſtſtändigen Feſtungsſtrafe in dem angedeutetem Sinne für eine eigne Gattung von Fällen allerdings anerkannt; allein dem erkannten Bedürfniß iſt nur auf mangelhafte und daher auch nicht conſequente Weiſe abgeholfen worden. Der Unterſchied iſt zu bedeutend, die Fälle, für welche man einer ſolchen beſondern Strafe bedarf, ſind ſo zahlreich und haben einen ſo ausgezeichneten Charakter, daß die ganz ſecundäre Stellung der Feſtungsſtrafe, — vermöge welcher die ordentlichen Freiheitsſtrafen nach Erwägung beſonderer Umſtände in dieſelbe verwandelt werden können, wahrlich kaum als halbe Maßregel erſcheint. Noch mehr wurde ihre Bedeutung durch die Anmerkungen verringert und entſtellt. Denn wenn auch die Feſtungsſtrafe zufolge derſelben nicht gerade ein ausſchließendes Privilegium einer beſtimmten Klaſſe von Staatsbürgern iſt, ſo ſind doch hier als Gründe der fraglichen Verwandlung nicht die Modalitäten der zu beſtrafenden Handlung, ſondern lediglich Rückſichten auf die Perſönlichkeit des Verbrechers angegeben; Stand, Geiſtesbildung, bisherige Lebensart

und Erziehung ſollen die Verwandlung motiviren. In letzterer Hinſicht möchte aber die Betrachtung überwiegen, daß derjenige, welcher von der Höhe der Standesvorzüge, Geiſtesbildung, einer feineren Lebensart und ſorgfältigen Erziehung zu der Tiefe eines gemeinen Verbrechers herabgeſtiegen iſt, die Schärfung, welche in dem ſcharfen Gegenſatze des ihm zuerkannten Looſes mit ſeinen frühern Umſtänden liegt, allerdings wohl verdient habe. Der gemeine Verbrecher hat ſelbſt die Ehre ſeines Standes mit Füßen getreten, ſeine Geiſtesbildung verleugnet oder mißbraucht, und mag auch ſeine bisherige Lebensart — dem Aeuſſern nach — edel und ſeine Erziehung noch ſo ſorgfältig geweſen ſeyn; jene hat nur gleisneriſch die Schande bedeckt, und dieſe hat ſchlechte Früchte getragen. Weit mehr Rückſicht als die Unbehaglichkeit, wie ſie aus dem Abſtande mit den bisherigen Lebensverhältniſſen des Verurtheilten hervorgehen mag, verdient nach meiner Anſicht der durchbohrende Schmerz desjenigen, welcher aus der unglücklichen Stunde, die ihn zum Verbrecher gemacht, noch die Kraft des ſittlichen Gefühles gerettet hat, und ſich nun zum Geſellen der gemeinſten Verbrecher verworfen ſieht. Und Gott ſey Dank! dieſe Fülle und Kraft des ſittlichen Gefühles iſt kein Vorrecht der höhern Stände, ſie wohnt auch in der Bruſt des ſchlichten Naturmenſchen, der vielleicht in ſeiner Hütte mit einem ſo harten Geſchicke zu kämpfen hat, daß ſelbſt der Sträfling im Zuchthaus ihn kaum beneiden mag. Berückſichtigung der Perſönlichkeit des Verbrechers in dieſem Sinne ſcheint mir heilige Pflicht des Geſetzgebers zu ſeyn, er erfüllt ſie, indem er nach dem Unterſchiede der zu beſtrafenden Handlungen in ſittlicher Hinſicht auch die Strafgattungen unterſcheidet.

Betrachten wir die Feſtungsſtrafe des alten Geſetzbuches oder die Vollziehung der Freiheitsſtrafe auf der

Feſtung, ſo wie ſie im neuen Entwurfe geſtattet iſt, aus dieſem Geſichtspunkte, ſo wird man ſich kaum zurecht zu finden wiſſen, wenn man vernimmt, daß der Sraf-vollzug auf der Feſtung durch Sicherſtellung des Staats in Betreff des Mehrbetrags der Koſten bedingt ſeyn ſoll! — Der Entwurf erkennt einen Unterſchied des Vollzugs auf der Feſtung von dem im gewöhnlichen Strafhauſe an, jene mildere Art ſoll nach beſondern Umſtänden vom Gerichte geſtattet werden können; die Rückſicht auf dieſe beſondern Umſtände kann keine andere als eine Rückſicht der Gerechtigkeit ſeyn, und dieſen Akt der Gerechtigkeit kann nur derjenige in Anſpruch nehmen, der ihn zu bezahlen vermag!! — Oben wurde gezeigt, wie weſentlich der Vollzug auf der Feſtung von dem im gewöhnlichen Strafhauſe, beſonders in ſittlicher Hinſicht, verſchieden, wie die Freiheitsſtrafe an letzterem Orte für jeden nicht ganz verdorbenen Menſchen unverhältnißmäßig härter, und daher der Geſetzgeber verbunden ſey, nach der ſittlichen Modalität der Handlungen einen ſolchen Unterſchied der Strafgattungen feſtzuſetzen; — — und nun ſoll die conditio sine qua non der Unterſcheidung in dem Vermögensſtande des Verurtheilten liegen! Das Strafgeſetzbuch von 1813 mit den Anmerkungen hat die rechte Bahn nur halb durchmeſſen, der neue Entwurf iſt durch den erwähnten Beiſatz gänzlich von ihr abgewichen. — Entweder ſoll die Feſtungsſtrafe gar nichts Eigenthümliches und in keiner Rückſicht eine Milderung der gewöhnlichen Freiheitsſtrafe enthalten; dann iſt ſie überflüſſig und der Artikel 27 ganz zu ſtreichen; — oder der Vollzug auf der Feſtung iſt wirklich von Einfluß und mildert in dieſer oder jener Beziehung das Loos des Sträflings; — dann ſollte man die Zuerkennung dieſer Milderung lediglich von Erwägungen der Gerechtigkeit

abhängig machen, und am wenigſten das Strafgeſetzbuch des Staates, welcher ſich auch der Verfaſſung vom 26. Mai 1818 erfreut, durch ein Privilegium für reiche Verbrecher entweihen!

Schon in den bisherigen critiſchen Bemerkungen habe ich den Satz aufgeſtellt und zu begründen geſucht, die Geſetzgebung müſſe die Strafgattungen nach der ſittlichen Modalität der zu beſtrafenden Handlungen trennen, und insbeſondere ſey es bei Freiheitsſtrafen unzuläſſig, die gemeinen, wegen wahrhaft entehrender Handlungen verurtheilten Verbrecher in einem Straforte mit ſolchen Sträflingen zu vermengen, welche, obgleich eines Verbrechens ſchuldig, dennoch den Vorwurf ſittlicher Entwürdigung nicht verdient haben. Man wird mir vielleicht ſogleich von vornherein einwenden, daß ich das Rechts- mit dem Sittengeſetz verwechſle, daß die moraliſche Zurechnung dem Gebiete des Criminalrechts fremd ſey, und es ſich hier nicht von Beſtrafung ſittlicher Unwürdigkeit, ſondern objectiver Rechtsverletzungen handle. Allein das Gewicht, welches von mir auf die ſittliche Würdigung einer rechtsverletzenden Handlung und auf den ſittlichen Werth oder Unwerth des Verbrechers gelegt wird, thut der nothwendigen Unterſcheidung des Sitten- und Rechtsgeſetzes durchaus keinen Eintrag; ich bin ferne davon, die einzelne verbrecheriſche Handlung darum geringer zurechnen zu wollen, weil der Urheber ſonſt ein ſittlich reiner Menſch iſt, und ich weiß wohl, daß der allzufreie Spielraum, welcher im Criminalrechte moraliſchen Rückſichten eingeräumt wird, auch der Willkür zu Gute kommen kann. Ich habe auf den Unterſchied der Verbrechen und der Verbrecher in ſittlicher Hinſicht nicht zu dem Ende aufmerkſam gemacht, um diejenigen, zu deren Vortheil die Unterſcheidung ausfällt, der Strafe ganz zu entziehen, oder doch das Geſetz für ſie nachſichtiger zu machen; ſondern die Strenge des Geſetzes

ſoll nur, insbeſondere durch die Art ſeiner Vollziehung, nicht zur Ungerechtigkeit ausarten, und vorzüglich wollte ich das Unrecht hervorheben, was in der gleichartigen Beſtrafung verſchiedenartiger Verbrechen liegt. — Jede Strafe iſt Zufügung eines Uebels und ſoll als ſolches auf den Verbrecher wirken. Dieſe Wirkung ſoll aber keineswegs in blos körperlicher Schmerzerregung beſtehen, ſondern die Hauptſache iſt dabei das pſychiſche Unbehagen, welches die Strafe dem Verbrecher verurſacht. Unzweifelhaft iſt dies die An- und Abſicht einer Geſetzgebung, welche die körperliche Züchtigung weder als ſelbſtſtändige Strafgattung noch als Schärfungsart zuläßt, ſondern nur ausnahmsweiſe andre als Freiheitsſtrafen kennt, und letztere durch eine zur Zeit des begangenen Verbrechens jährlich zu verhängende Einſperrung in einem einſamen finſtern Kerker *), durch Suspenſion ehrenvoller Staatsbürgerrechte u. dgl. ſchärft. Wenn nun der Grad der pſychiſchen Einwirkung des Strafübels den Grad der Strafe verändert, ſo iſt nicht zu verkennen, daß mehrere Perſonen, die materiell und äußerlich mit derſelben Strafe belegt ſind, dennoch in der That theils härtere, theils gelindere Strafen leiden können. Man könnte nun zwar der Geltendmachung des auf dieſe Prämiſſe gebauten Arguments durch Hinweiſung auf die lächerliche Folgerung zu begegnen ſuchen, daß nämlich conſequenterweiſe in jedem einzelnen Falle vor der Strafzumeſſung ein Gemüthsmeſſer angelegt, und nach dem Reſultate der pſychiſchen Beobachtung die Strafe modificirt werden müßte. Doch wenn auch die Conſequenz in ihrem Endpunkte zu einer ſolchen Ungereimtheit führen ſollte, ſo kann dies doch den Werth einer practiſchen Unterſuchung darum nicht entkräften, weil hier das conſequente „Soll“ der Speculation immer

*) Art. 11 des Entwurfs.

eine ganz natürliche Gränze in dem menſchlichen „Kann" der Erfahrung hat. Die praktiſche Ungereimtheit des Extrems beweißt noch keineswegs, daß die Sache in jeder Hinſicht unausführbar, daß ſie überhaupt unrichtig und werthlos ſey. Wer die Vollendung des Guten und Rechten nicht erreichen kann, ſoll derſelbe deßwegen den Weg zum Ziele gar nicht beginnen, und nicht wenigſtens nach Kräften vorwärts ſtreben? — Wenn es nun auch allerdings unmöglich iſt, in jedem einzelnen Falle die Strafe nach dem individuellen Grade der pſychiſchen Einwirkung des Strafübels zuzumeſſen, ſo laſſen ſich doch ganze Claſſen von Fällen unterſcheiden, bei denen nach dem, was die Regel der Erfahrung lehrt, daſſelbe materielle Strafübel verſchiedene Grade pſychiſcher Schmerzempfindung hervorbringt, ſo daß dieſelbe Strafe — nach dem Grade pſychiſcher Wirkung der Regel nach hier eine gelindere, dort eine härtere iſt. — Der Aufenthalt an einem Orte, deſſen Bevölkerung zum größten Theile aus Sklaven roher Begierde und Menſchen von ſittlicher Verworfenheit beſteht, wird Leuten der eben bezeichneten Claſſe weniger empfindlich ſeyn, als Sträflingen, die in ſittlicher Hinſicht höher ſtehen. Man kann nun z. B. als Regel annehmen, daß Diebe und Betrüger in die erſte Cathegorie gehören, dagegen diejenigen, welche z. B. ſich nur des Verbrechens unvorbedachter Körperverletzung oder der Widerſetzlichkeit gegen die Obrigkeit ſchuldig gemacht, im Uebrigen unbeſcholtene, rechtliche Leute ſind. Gegen Verbrecher beider Claſſen droht das Geſetz die Strafe des Arbeitshauſes. Der Aufenthalt in dieſem Strafhauſe, welcher den ſonſt unbeſcholtenen Mann, der wegen Körperverletzung verurtheilt wurde, zu Dieben und Betrügern geſellt und ſie hiedurch einander gleichſtellt, muß für erſteren — in pſychiſcher Hinſicht — eine weit härtere Strafe ſeyn, als für letztere. Das Geſetz

will ſie in der Beſtrafung gleichſtellen; allein es ſtellt ſie wirklich **nicht** gleich, ſondern derjenige, welcher eine Begünſtigung mehr als der andere verdiente, erleidet **härtere** Strafe. Aus der gleichartigen Vollziehung der gleichbeſtimmten Strafe ergiebt ſich in der Wirkung eine Ungleichheit der Beſtrafung, die, nach der eignen Abſicht des Geſetzgebers, auf der einen Seite zur Ungerechtigkeit wird. Man ſage nicht, die Ungleichheit in pſychiſcher Hinſicht könne durch die Verſchiedenheit in der Dauer ausgeglichen werden; ein einziger Tag in dem Aufenthalt der Schande führt ſchon auf den Gipfel des Jammers, und doch wird dieſer noch täglich wachſen, und der Weg bis zur Pforte des Wahnſinns iſt hier bald durchlaufen.

Wenn es nun allerdings ganze Klaſſen von Verbrechen giebt, bei denen der Schuldige zwar als fehlbar aber nicht als ſittlich entwürdigt erſcheint, dahingegen Verbrecher anderer Art, nebſt der Strafe auch Abſcheu und Verachtung trifft; — wenn ferner gezeigt iſt, daß in der gleichartigen Beſtrafung dieſer verſchiednen Arten von Schuldigen in Hinſicht der erſtern eine ſchwere Ungerechtigkeit liegt, ſo möchte die Forderung an den Staat, nach der Verſchiedenheit der Verbrechen verſchiedene Strafgattungen feſtzuſetzen und jedenfalls die verſchiedenartigen Verbrecher nicht in einem Straforte zu vereinigen, vollkommen gerecht ſeyn.

Die eben erwähnte Sonderung iſt noch durch eine andere — polizeiliche — Rückſicht dringend geboten. Leider iſt es wohl ſchon häufig der Fall geweſen, daß junge Leute, die, an ſich unverdorben, wegen einer im Kirchweihtaumel verübten Körperverletzung, auf einige Jahre ins Arbeitshaus verurtheilt wurden, hier, gleichſam auf der hohen Schule des Verbrechens, in der Geſellſchaft verworfener Böſewichter, zu wahren Feinden der Geſellſchaft erſt verführt und gebildet wurden. Ein einziges

ſchauderhaftes Beiſpiel möge hier Platz finden. — Ein junger Menſch war gegenwärtig geweſen, wie ſein Bruder von einem jüdiſchen Gläubiger zuerſt hartherziger Weiſe gedrängt wurde, und dann tüchtig geprellt werden ſollte; in gerechter Entrüſtung hierüber vergaß er ſich, zog (er war Soldat) ſeinen Säbel, und verwundete den Juden dermaßen, daß dieſer über 30 Tage ſeinem Schacherhandel nicht obliegen konnte. Zweijähriges Arbeitshaus war die ihm zuerkannte Strafe. In dem Straforte ward er Verbrechern zugeſellt, die im Diebshandwerk aufgewachſen und darin Virtuoſen waren; ſie ſtreuten den Samen des Verderbens in ihres unverdorbenen Geſellen Bruſt, und nach ihrer allerſeitigen Befreiung nahm der Neuling, obwohl zögernd, an mehreren von ſeinen Meiſtern verübten Räubereien Theil. Sie wurden ſämmtlich faſt zu gleicher Zeit eingefangen, geſtanden ihre Verbrechen, und wurden zur Kettenſtrafe verurtheilt. Nach der Urtheilseröffnung bat jener Unglückliche, der ſchon als Jünger im Verbrechen von der härteſten Vergeltung ereilt war, um das Wort. Er erzählte, wie er früherhin als ehrlicher Menſch ins Arbeitshaus gekommen und hier von vollendeten Gaunern verführt worden, wie er jetzt erſt die Bahn des Verbrechens betreten, und nach wenigen Schritten darauf von der ſtrafenden Gerechtigkeit erfaßt worden ſey; — das aber, bemerkte er, könne er nicht begreifen, wie er, der Verführte und Neuling, deſſen Verführung und Verbrechen ja von ſeinen frühern Richtern ſelbſt veranlaßt worden, nun gleiche Strafe leiden ſolle mit den Verführern, mit Leuten, die ihr ganzes Leben mit Schandthaten angefüllt!! — Wahrlich! das Geſetz hat hier mit ſeiner äußerſten Strenge Verbrechen beſtraft, zu denen es ſelbſt den Keim gelegt hatte. Der Schuldige iſt zum Ankläger gegen das Geſetz geworden, und die Anklage iſt begründet. Sollen ſich aber

dieſe Anklagen nicht wiederholen, ſo muß für die verſchiedenen Gattungen von Verbrechen auch eine Trennung der Strafgattungen eintreten, und der an Gemüth noch geſunde Sträfling jedenfalls vor der Gefahr der Anſteckung durch moraliſch verfaulte Strafgeſellen ſorgfältig bewahrt werden.

Aber wird man vielleicht fragen, ſollen etwa vorſätzliche ſchwere Körperverletzungen oder gar Tödtungen, ſollen grobe Staatsverbrechen nur mit leidlichem kurzen Gefängniſſe beſtraft, und damit Geſundheit und Leben der Staatsbürger und das nothwendige Anſehen der Obrigkeit in geringen Curs geſetzt werden? Soll eine zur Sentimentalität verweichlichte Humanität der Strenge der Gerechtigkeit in den Weg treten? — Dergleichen Vorwürfe ſind leicht zu beſeitigen. Den Verbrechern, deren That nicht ſittliche Entwürdigung ausſpricht, ſoll ja keineswegs die Freiheitsſtrafe verkürzt oder in phyſiſcher Hinſicht annehmlicher gemacht werden; nur die pſychiſche Schärfung, welche ſie nicht verdient haben, ſoll für ſie wegfallen, und allerdings wäre es arge Inhumanität, ſie dem Gefühle und den Folgen derſelben bloßzuſtellen. Alle äußern Attribute der gewöhnlichen bisher allgemeinen Strafe können bleiben, nur müſſen Sträflinge dieſer Art von dem gemeinen Troſſe der Verbrecher geſondert werden, und dieſe Sonderung in dem Geſetze auf eine Weiſe ausgeſprochen ſeyn, daß die auf den ſittlichen Unterſchied der Handlungen genommene Rückſicht klar hervortritt. In letzterer Hinſicht würde es nicht genügen, die Abtheilung der Bewohner deſſelben Strafhauſes in beſondere Klaſſen anzuordnen; hierdurch würde wohl der gedachten polizeilich zu erwägenden Gefahr begegnet; allein die zu vermeidende pſychiſche Schärfung wäre nicht vermieden; der Sträfling der beſſern Art, wiewohl von den Andern dem Zimmer nach geſchieden, muß ſich doch denſelben gleichgeſtellt fühlen. — Aber auch

die Sonderung der Strafhäuſer würde dem Zwecke noch nicht entſprechen; durch charakteriſtiſche Merkmale muß die Verſchiedenheit der Strafgattung hervortreten: die Infamie, die Vernichtung der ſtaatsbürgerlichen Perſönlichkeit, welche die Verurtheilung zur gemeinen Verbrechensſtrafe begleitet, darf nicht, wenigſtens nicht in gleichem Maaße, auch der eigenthümlichen von mir beantragten Freiheitsſtrafe ankleben. Die temporäre interdiction de certains droits civiques, wie ſie der code pénal kennt, mag mit derſelben nach Umſtänden wohl zweckmäßig verbunden werden; aber die gänzliche lebenslängliche Vernichtung der ſtaatsbürgerlichen Perſönlichkeit würde den Charakter der Strafe, durch welche die in dem Schuldigen noch lebende Sittlichkeit anerkannt wird, geradezu wieder aufheben.

Ich komme nun auf das beſondere Thema dieſer Erörterung — die Feſtungsſtrafe — zurück. Inſofern dieſelbe ein Privilegium für Verbrecher aus den höhern Ständen oder gar für reiche Schurken! bilden ſollte, muß ſie aus jedem Geſetzbuche, welches der Gerechtigkeit huldigen will, verbannt bleiben; — ſoll ſie ſich in keiner erheblichen Rückſicht von der gewöhnlichen Freiheitsſtrafe unterſcheiden, ſo iſt ſie überflüſſig; — aber eine ganz eigenthümliche, eine Forderung der Gerechtigkeit erfüllende Bedeutung enthält ſie, wenn ſie als ſelbſtſtändige Strafgattung für diejenigen Verbrechen feſtgeſetzt wird, welche ſich von den andern dadurch charakteriſtiſch unterſcheiden, daß der Richter keinen Verworfenen, ſondern nur einen Verirrten zu verurtheilen hat. Daß die Gerechtigkeit für dieſe Klaſſen von Verbrechen eine eigenthümliche Strafgattung fordert, iſt gezeigt worden; und die Feſtungsſtrafe, mit den bezeichneten Attributen ausgerüſtet, wäre vollkommen dazu geeignet, die deßfallſige Beſtimmung zu erfüllen. Insbeſondere kommt ihr dabei zu ſtatten, daß ſie der öffentlichen Meinung nach der

Schimpf nicht trifft, welcher den gemeinen Verbrechensſtrafen anklebt; — und die fragliche Unterſcheidung der Verbrechen entſpricht ebenfalls wieder dem geſunden Rechtsgefühle aller Redlichen, der öffentlichen Meinung, welche die oben ausgeſchiedenen Klaſſen mit den gemeinen entehrenden Miſſethaten nicht verwechſelt und dort die Brandmarkung nicht verhängt, welche ſie hier unerbittlich bethätiget. — Die Feſtungsſtrafe — mit dieſen Eigenſchaften und dieſer Beſtimmung — würde nach meiner Anſicht eine große Lücke unſrer bisherigen Criminalgeſetzgebung ausfüllen. Rückſichten der Gerechtigkeit ſowohl als Zweckmäßigkeit ſprechen dafür, und in unſrer vaterländiſchen Geſetzgebung würde die Aufnahme dieſes Inſtitutes nur als conſequente Durchführung anerkannter leitender Grundſätze erſcheinen.

Doch wenn es ſich von einem theoretiſchen Probleme handelt, deſſen Löſung praktiſch geltend gemacht werden ſoll, ſo genügt es nicht, die Idee im Allgemeinen darzulegen und zu begründen; auch das Wie der Ausführung im Einzelnen muß nachgewieſen, und hierdurch der Werth des leitenden Grundſatzes erſt erprobt worden. Demzufolge ſoll nun der Verſuch gemacht werden, alle diejenigen Verbrechen, welche in Gemäßheit der ausgeführten Anſicht nicht mit der gewöhnlichen Freiheitsſtrafe ſondern mit der eigenthümlichen Feſtungsſtrafe zu verpönen wären, namentlich hervorzuheben und auszuſcheiden.

§. 4

In dem Zeitalter, wo, nach Tacitus, kaum noch „vestigia morientis libertatis“ übrig geblieben waren, begann die Entwicklung und Ausbreitung der „leges et judicia majestatis.“ — Nachdem in Frankreich die Zeit vom erſten bis zum letzten Brutus ſchnell durchlaufen und der Kaiſerthron des großen Feldherrn kaum errichtet

war, ſollte die neue Ordnung der Dinge in einer ausführlichen und ſtrengen Strafgeſetzgebung über die „crimes et délits contre la chose publique“ eine nothwendige Schutzwehr erhalten. — Auch das Baieriſche Strafgeſetzbuch vom J. 1813 entwickelte einen großen Reichthum an Beſtimmungen über Staats-Verbrechen und Vergehen, und in der Praxis fand man nicht ſelten Gelegenheit, die allzugroße Härte des neuen Geſetzes, insbeſondere bei geringern Fällen dieſer Art, wahrzunehmen. Von der angekündigten Reviſion erwartete man in dieſen Punkten mildernde Nachhülfe; und wirklich hat der Entwurf in mehrern Artikeln, z. B. Art. 133, den Richtern wenigſtens freien Spielraum zur Milde eröffnet. — Die Strafbeſtimmungen über Staatsverbrechen werden übrigens, geringere Widerſetzungen gegen die Obrigkeit u. dgl. abgerechnet, im conſtitutionellen Baiern eine ganz ungangbare Münze ſeyn.

Wohl uns! Unterſuchungen über die Verbrechen des Hochverraths, Staats-Verraths, der Majeſtäts-Beleidigung u. dgl. fallen in conſtitutionellen Staaten — in welchen es der Regierung mit den verfaſſungsmäßigen Garanticen der bürgerlichen Freiheit Ernſt iſt — auf dürren, unfruchtbaren Boden. Nur der Unterthan der Willkür ſinnt auf Mittel, die beſtehende Staats-Verfaſſung gewaltſam zu ändern, zettelt Verſchwörungen an, und ſchaudert ſelbſt vor einem Angriff auf die geheiligte Perſon des Regenten nicht zurück. Ueberlaſſen wir die Ausbildung dieſes Zweiges der Strafgeſetzgebung und deſſen Anwendung durch Prevotalhöfe, Specialgerichte u. dgl. denjenigen Regierungen, die unter dem Vorwande, für die Bewahrung friedlicher Ordnung zu ſorgen, die Völker in ewiger Knechtſchaft und Finſterniß zu erhalten ſuchen. — Uebrigens kann bei ſolchen Verbrechen die Rechtmäßigkeit der ſchwerſten und entehrender Strafen keinem Zweifel unterliegen.

Nur einige Bemerkungen über die betreffenden Artikel des Entwurfs mögen hier Platz finden.

a) Daß die in dem Art. 115 *) zuſammengefaßten Fälle nicht gleichartig ſind und nicht gleichartige Strafen verdienen, hat der Urheber des Entwurfs ſelbſt gefühlt, indem er geſtattete, bei beſonders mildernden Umſtänden von der Strafe des Arbeitshauſes auf die des Gefängniſſes herunterzugehen. Schon wegen der ganz allgemeinen und unbeſtimmten Faſſung von Nr. 2 und 3 muß es bedenklich ſeyn, einer entehrenden Strafe Raum zu geben; und noch bedenklicher wird die Sache, wenn man erwägt, daß es ſich hier von einer Rechtsverletzung handelt, bei welcher diplomatiſche und völkerrechtliche Beziehungen ins Spiel kommen. Ich würde hier (für Nr. 2 und 3) die oben bezeichnete Feſtungsſtrafe androhen.

b) Im Art. 118 iſt verordnet: „Mit Arbeitshaus „und öffentlicher Abbitte ſoll beſtraft werden:

1) „Wer mündlich in einer öffentlichen Verſammlung „oder an einem öffentlichen Orte in Anweſenheit

*) Derjenige, welcher die Sicherheit oder Selbſtſtändigkeit des Staates dadurch gefährdet, daß er

1) für einen wirklichen oder vermeintlichen Rechtsanſpruch gegen Staat, Regenten oder Mitunterthanen eine ihm fremde Macht zu einer für die Unabhängigkeit oder Selbſtſtändigkeit des Staats gefährlichen Einmiſchung auffordert; oder

2) den mit andern Mächten daſtehenden Verträgen abſichtlich zuwider handelt; oder

3) die Häupter fremder Staaten, deren Geſandte oder mit öffentlichem Charakter bekleidete Bevollmächtigte in dieſer Eigenſchaft perſönlich beleidigt, dieſes geſchehe thätlich, mündlich, ſchriftlich oder durch bildliche Darſtellungen;

ſoll mit Entſetzung von allen Ehren und Würden, oder, wo dieſe Strafe nicht anwendbar iſt, mit Arbeitshaus beſtraft werden. Bei beſonders mildernden Umſtänden können die Gerichte ſtatt dieſer Strafen auf Gefängniß, oder bei Staatsbeamten auf Dienſtentlaſſung erkennen.

„mehrerer Perſonen, oder in öffentlichen Schriften „oder bildlichen Darſtellungen die Perſon des Kö„nigs oder deſſen Regierungshandlungen „durch Verläumdung, Spott oder Schmähungen „herabzuwürdigen trachtet."

Man könnte hier vorerſt an die großgedachte Const. unica: „Siquis Imperatori maledixerit" *) erinnern; man könnte bemerken, daß der code pénal eine bloße Beleidigung der Majeſtät gar nicht kennt: allein es iſt keineswegs meine Abſicht, die Strafloſigkeit für Verläumdungen, Spott oder Schmähungen zu vindiciren, welche geradezu gegen die Perſon des Königs oder andere Mitglieder der Königlichen Familie gerichtet ſind. Das aber ſcheint Bedenken unterliegen zu können, ob nicht die Zuſammenſtellung der Schmähungen gegen die Perſon des Königs mit denen gegen Regierungshandlungen dem Weſen einer conſtitutionellen Monarchie widerſtreite. Die Perſon des Königs iſt heilig, unverletzlich, unverantwortlich, der König kann, wie die Engländer ſagen, nicht Unrecht thun: er iſt der Gegenſtand der tiefſten Ehrfurcht. Allein die Regierungshandlungen, welche, wenn ſie gleich im Namen und mit der Auctorität des Königs hervortreten, doch von den verantwortlichen Staatsbeamten vertreten werden müſſen **), haben eben deßwegen den gleichen Charakter

---

*) Imperatores Theod. Arcadius et Honorius Rufino P. P.: Siquis modestiae nescius et pudoris ignarus, improbo petulantique maledicto nomina nostra crediderit lacessenda ac temulentia turbulentus obtrectator temporum nostrorum fuerit: eum poenae nolumus subjugari, neque durum aliquid, nec asperum volumus sustinere: quoniam si id ex levitate processerit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum, si ab injuria, remittendum.

**) Verf. vom 26. Mai 1818. Tit. X, §. 4.

der Heiligkeit nicht, und die perſönliche Unfehlbarbarkeit des Königs kommt den für die Regierungshandlungen verantwortlichen Beamten nicht zu Gute. Die Regierungshandlungen ſtehen daher nicht gleichmäßig unter dem Schutze der Majeſtät, und eben deßwegen kann auch durch Schmähungen auf dieſelben die Beleidigung der Majeſtät nicht begangen werden. Nicht der König wird hier geſchmäht und verſpottet; nur gegen die verantwortlichen Beamten iſt Injurie oder Satyre gerichtet. Die Beleidigung der Amts-Ehre, welche in ſolchen Aeußerungen über Regierungshandlungen liegen kann, ſoll zwar der Rüge oder Strafe keineswegs entgehen. Allein die Ehre des Staatsamtes darf nicht mit der Majeſtät des Thrones vermiſcht werden; die Staatsbeamten dürfen in conſtitutionellen Staaten nicht als „pars corporis regii“ *) gelten; — weil ſonſt die von ihnen ausgehenden, und von ihnen verfaſſungsgemäß zu vertretenden Regierungshandlungen, wie die Perſon des Königs, unantaſtbar und verantwortungsfrei ſeyn würden. — Mit der Verantwortlichkeit der Staatsbeamten, insbeſondere der Miniſter, würde aber das ganze Gebäude conſtitutioneller Einrichtungen über den Haufen fallen **).

Wenn nun der Beiſatz: „oder deſſen Regierungshandlungen,“ in dem fraglichen Artikel geſtrichen wird, ſo kann es im Uebrigen bei der angedrohten infamirenden Freiheitsſtrafe ſein Bewenden haben.

§. 5.

Die Widerſetzung gegen die Obrigkeit wird nach

---

*) S. Const. 5 ad leg. Jul. maj.

**) S. Delolme die Verfaſſung von England, in deutſcher Ueberſetzung herausgegeben von Dahlmann. Altona 1819. S. 86. f.

Art. 132 mit Arbeitshaus beſtraft, wenn bei derſelben eine obrigkeitliche Perſon thätlich mißhandelt wurde.

Alle wahren Freunde ächter geſetzlicher Freiheit kommen darin überein, daß die Grundbedingung derſelben der Gehorſam der Bürger gegen das Geſetz und ſeine Diener ſey. Der Staat, welcher den Ungehorſam, der von Einzelnen gegen die Obrigkeit verſchuldet wird, nicht ernſtlich beſtrafte, würde die Grundfeſte ſeiner Exiſtenz untergraben. Der Grad der Strafe wird aber natürlich verſchieden ſeyn müſſen, je nachdem der der Obrigkeit geleiſtete Widerſtand oder der gegen ſie gerichtete Angriff ſchwächer oder ſtärker war. Der Entwurf ſtellt im Art. 131 eine Reihe von Formen der Widerſetzung im Allgemeinen einander ganz gleich. Es heißt nämlich hier:

„Wer den Befehlen und Anordnungen der Obrigkeit gewaltſamen Widerſtand leiſtet; wer eine obrigkeitliche Perſon durch Gewalt oder gefährliche Drohungen zu einer Amtshandlung zu nöthigen oder davon abzuhalten ſucht; wer eine obrigkeitliche Perſon während der Ausübung ihres Amtes thätlich mißhandelt; wer an derſelben wegen einer Amtshandlung auf thätliche oder gewaltſame Art Rache zu nehmen ſucht; — der iſt der Widerſetzung gegen die Obrigkeit ſchuldig.“

Vorerſt iſt hier nicht zu verkennen, daß Fälle, bei welchen der Angriff gegen die Obrigkeit vorher vorbereitet, und planmäßig ausgeführt wird, auf eine Linie mit ſolchen geſtellt werden, in welchen der Widerſtand auf augenblickliche Veranlaſſung und in beſonderer Aufregung des Gemüthes ſtatt findet. Man denke ſich folgende verſchiedene Fälle:

a) N. wußte zuvor, daß ein obrigkeitlicher Befehl gegen ihn zum Vollzug kommen ſoll, und hatte ſich zu dem geleiſteten Widerſtande gefliſſentlich vorbereitet: —

oder er iſt von dem Beamten geſtraft worden, und übte ſeine thätige Rache, nachdem er im Hinterhalte auf den Vorübergehenden gelauert hatte.

b) X. ſoll durch Auspfändung um den Nahrungsſtand ſeiner Familie gebracht werden, und im äußerſten Schmerzgefühle vergißt er ſich gegen den ſein Amt mit Rohheit ausübenden Gerichtsdiener; oder er vergreift ſich im Wirthshauſe gegen einen Gensd'armen, der vielleicht hinſichtlich ſeines Charakters nicht den beſten Ruf hat, und hier mit Anmaßung und unnöthiger Weiſe ſeine Autorität geltend machen will.

Der Unterſchied dieſer Fälle iſt offenbar höchſt bedeutend. In denen der erſten Art iſt der Angriff und Widerſtand gegen die obrigkeitliche Perſon, als ſolche, mit Vorbedacht gerichtet; in denen der zweiten Art hingegen bekämpft der Thäter nur das ihn feindlich anregende Individuum, ohne ſich des Angriffs gegen die Obrigkeit bewußt zu ſeyn. Dort liegt das doloſe Staatsverbrechen ausgemacht vor, hier, möchte ich ſagen, kann die Eigenſchaft, wodurch ſie Staatsverbrechen wird, nur zur Culpa zugerechnet werden; denn in der Aufregung des Gemüthes hatte der Urheber vergeſſen, daß ihm eine obrigkeitliche Perſon gegenüber ſtehe.

Auch hier hätte der code pénal zum Muſter dienen können. Wenn die Widerſetzung, obgleich mit Thätlichkeit (voie de fait), nur von einer oder zwei Perſonen begangen wird, ſo tritt doch nur Gefängnißſtrafe ein, und zwar nur von ſechs Tagen bis ſechs Monaten, wenn der Thäter unbewaffnet war (Art. 209 212). Hat die obrigkeitliche Perſon in Ausübung ihres Amtes wirklich eine thätliche Mißhandlung erlitten (si elle aura eté frappée) ſo wird unterſchieden zwiſchen eigentlichen magistrats- und andern officiers ministeriels oder agents de la force publique. Dort iſt Gefängnißſtrafe von 2—5 Jahren, hier von 1—6 Monaten gedroht. (Art.

228—30) *). Nur dann tritt die infamirende Strafe der reclusion ein, wenn entweder die Mißhandlung eine wirkliche Verwundung war, Blutverluſt verurſachte, Krankheit zur Folge hatte, oder wenn die Handlung mit Vorbedacht und Hinterliſt begangen war (Art. 231—2). Nebſtdem findet auch dann eine infamirende Strafe (du carcan) ſtatt, wenn die Magiſtratsperſon in öffentlicher Audienz eines Gerichtshofes mißhandelt wurde. (Art. 228).

Ein äußerſt ſicherer und richtiger Takt ſpricht ſich in dieſen Beſtimmungen aus. In der Würde einer Magiſtratsperſon tritt das Anſehen der Obrigkeit mit beſonderer Heiligkeit hervor, ſo daß die Verletzung deſſelben in einer ſolchen Perſon einen weit größerem Frevel darſtellt, als die an andern öffentlichen Dienern verſchuldeten Vergehen. Gleichwohl hat der Geſetzgeber auch hier berückſichtigt, daß die obrigkeitliche Eigenſchaft an dem einzeln handelnden magistrat in unbewachten Augenblicken leicht außer Acht gelaſſen, und ſo ein in menſchlicher Hinſicht leichter verzeihliches Vergehen begangen werden könne. Darum droht er auch hier nur Gefängnißſtrafe. Wenn aber die Thätlichkeit in der öffentlichen Audienz des Gerichtshofes verübt wird, ſpricht ſich die ſchnödeſte Verachtung des obrigkeitlichen Anſehens unverkennbar aus, der Staat iſt in ſeinem Weſen direkt und abſichtlich angegriffen, und die Entſchuldigung, nicht dem Amte ſondern nur der Perſon habe

*) Dieſer Unterſchied iſt — einigermaßen — auch in dem Art. 133 des Entwurfs angenommen: „Wer ſich der Vollziehung einer Verfügung der Obrigkeit in der Perſon ihrer Diener oder des dazu abgeordneten Militärs mit Gewalt widerſetzt, iſt eben ſo zu ſtrafen, als wäre ſeine Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Perſon ſelbſt gerichtet geweſen; doch bleibt dem Ermeſſen der Gerichte überlaſſen, in ſolchen Fällen ſtatt des Arbeitshauſes auf Gefängniß zu erkennen."

der Angriff gegolten, findet keinen Grund mehr. Eben ſo wenig Schonung verdient derjenige, der, indem er den Streich mit Hinterliſt und Vorbedacht ausführt, Zeit genug hatte, die Modalitäten ſeiner Handlung zu überſchauen. — Inwiefern der Umſtand, daß die Thätlichkeit Blutverluſt verurſachte oder Krankheit zur Folge hatte, eine Steigerung der Strafgattung motiviren kann, das hängt in jeder Geſetzgebung von den über die Körperverletzung befolgten Grundſätzen ab.

In Gemäßheit dieſer Anſichten würde ich die Strafe des Arbeitshauſes nur bei der vorbedächtlichen oder im Amtslocale gegen den verhandelnden Beamten mit Mißhandlung verübten Widerſetzung androhen, da hingegen in allen übrigen Fällen die Gefängniß- oder bei beſonders erſchwerenden Umſtänden Feſtungsſtrafe feſtſetzen. Insbeſondere iſt hier nicht zu überſehen, daß die niedern Diener der vollziehenden Gewalt gewöhnlich auf einer ſehr tiefen Stufe der Bildung ſtehen, und ihre Functionen häufig auf ſo würdeloſe und dabei anmaſſende Weiſe ausüben, daß es faſt ungereimt ſcheint, für ſolche Perſonen die der Obrigkeit gebührende Achtung und Folgſamkeit zu verlangen. Leicht wird durch ein ſolches Benehmen der rechtlichſte und ſonſt ruhigſte Mann empört, er ſetzt ſich der rohen Gewalt, die keine Spur obrigkeitlicher Würde an ſich trägt, mit Gewalt entgegen, und begeht — nach dem bisherigen Strafgeſetzbuche und dem neuen Entwurfe das mit infamirender Strafe bedrohte Verbrechen der Widerſetzung gegen die Obrigkeit. Das Mißverhältniß der Arbeitshausſtrafe zu ſolchen (ſehr häufig vorkommenden) Fällen der Widerſetzung wurde von unſern Gerichtshöfen wohl gefühlt, und viele Freiſprechungen auf dem Grunde künſtlicher Deutung des Geſetzes finden darin ihre Erklärung.

Die übermäßige Härte des bisherigen Strafgeſetzbuchs (Art. 319 ff.) in Beſtrafung des Aufruhrs, wie

er manchmal auch in ganz ruhigen Zeiten und von ſonſt ganz friedlichen und rechtlichen Bürgern begangen wird, iſt in dem neuen Entwurfe (Art. 135—8) zweckgemäß beſeitiget.

Der Landfriedensbruch (Art. 172 ff.), beſonders wie er ſeither manchmal in Univerſitäts-Städten vorgekommen iſt, eignet ſich auf keinen Fall zu einer infamirenden Strafe; dem im Art. 173 gedrohten Arbeitshauſe dürfte daher die Feſtungsſtrafe zu ſubſtituiren ſeyn.

Die Beſtrafung des Zweikampfs hat einen ganz eigenthümlichen Geſichtspunkt. Wenn man übrigens nicht darauf ausgeht, das falſche Ehrgefühl durch entehrende Strafen auszutilgen, ſo möchte vorzüglich hier die Feſtungsſtrafe am rechten Platze ſeyn.

§. 6.

Das bisherige Strafgeſetzbuch unterſchied nur 3 Arten der Tödtung: a) Tödtung mit Vorbedacht; b) vorſätzliche Tödtung ohne Vorbedacht; c) fahrläſſige Tödtung. Der Fall des ſ. g. dolus indirectus, wenn der Schuldige zwar beſchädigen aber nicht tödten wollte, war nicht beſonders hervorgehoben und verpönt. Dafür beſtimmte aber der Art. 41 ganz allgemein:

„Wer mit dem Vorſatze, ein Verbrechen zu bewir„ken, eine Handlung unternommen hat, woraus „eben ſo leicht ein größeres als ein geringeres Ver„brechen entſtehen kann, iſt in Anſehung des dar„aus entſtandenen Verbrechens als vorſätzlicher Uebel„thäter zu beſtrafen, und ſoll mit dem Vorwande, „daß ſeine Abſicht nur auf das geringere Verbrechen „gerichtet geweſen ſey, nicht gehört werden.“

Dieſer Artikel kam aber ſelten zur Anwendung, weil die Richter in vorkommenden Fällen fühlten, ſeine Anwendung würde ein im Verhältniſſe zur That allzuhartes Reſultat herbeiführen. Auf der andern Seite war

man doch bei der Beurtheilung von Tödtungen, die in Schlägereien z. B. durch einen Schlag auf den Kopf, durch einen Stoß auf den Leib u. dgl. begangen waren, jedesmal in Verlegenheit. Da die durch Art. 41 motivirte Strafe des Zuchthauſes auf unbeſtimmte Zeit (Art. 151) für ſolche Fälle durchaus nicht beſtimmt zu ſeyn und es doch unzuläſſig ſchien, die That bloß zur Culpa zuzurechnen, ſo machte man wohl den Verſuch, den Fall unter die Strafbeſtimmungen über das Verbrechen der Körperverletzung zu ſubſumiren, und mir iſt ein Beiſpiel bekannt, daß ein Angeklagter dieſer Art ſchuldig erachtet wurde:

„des Verbrechens der Körperverletzung
„in ideeller Concurrenz mit dem Vergehen culpöſer Tödtung.

Gemeinhin aber wurde dieſe künſtliche Combination nicht gewagt, und da der Geſetzgeber nur die Wahl zwiſchen den Extremen ließ, ſo entſchied man ſich, geſtützt auf die Anmerkungen zum Art. 64, faſt immer für das Extrem der Milde, d. h. für die Zurechnung zur Culpa. So wurde ein Bauernpurſche, der nach einer Schlägerei im Wirthshauſe zweien ſeiner Gegner aufgepaßt, und ſie beide durch zwei derbe Schläge auf den Kopf getödtet hatte, mit 2jährigem Gefängniß beſtraft. Nach dieſer (vom Geſetze verſchuldeten) Praxis war es für den Thäter ein Glück, wenn er ſeinen Gegner ſogleich aufs Leben traf. Hätte er nur eine monatliche oder langwierigere Krankheit verurſacht, oder ein Aug' ausgeſchlagen, ſo war die Strafe des Arbeitshauſes verwirkt (Art. 179—80), und Zuchthausſtrafe war unvermeidlich, wenn der Verletzte z. B. durch zwei Schläge beide Augen verloren hätte (Art. 181). Denn wer den Andern dermaßen gewaltſam ins Auge ſchlägt, daß dieß zu Grunde geht, kann nicht (wenigſtens nicht in Fällen

der oben bezeichneten Art) bloße Fahrläſſigkeit vorſchützen. War der Schlag noch etwas nachdrücklicher, und zerſchmetterterte zugleich die Hirnſchale, dann befand ſich der Thäter wieder auf dem ſichern Boden der Fahrläſſigkeit, und büßte das Vergehen culpöſer Tödtung mit kurzem Gefängniſſe. — Offenbar zeigt hier die Erfahrung auf eine Lücke des Geſetzes hin; die Doktrin ſuchte ſie hin und wieder durch Deuteleien und Künſteleien der Interpretation auszufüllen; dem neuen Entwurfe war es vorbehalten, dem praktiſchen Bedürfniſſe auf eine ſehr ſachgemäße Weiſe zu entſprechen. Der Artikel 252 fügt zu den Fällen:

„Wenn der Beſchädigte durch die Mißhandlung zu „ſeinen Berufsarbeiten völlig unbrauchbar, oder des „Gebrauchs der Sprache, des Geſichts oder des Gehörs, der Arme, Hände oder Füße beraubt, oder „zur Fortpflanzung des Geſchlechts unfähig gemacht, „oder in Raſerei, Wahnſinn, Blödſinn, oder ähnliche Gemüthskrankheit verſetzt worden iſt" —

nach den weiteren hinzu:

„oder das Leben verloren hat."

Auch wer die Strafen lediglich nach dem Grade der objektiven Rechtsverletzung abſtuft, wird nicht leugnen, daß ſämmtliche in dem Artikel 252 aufgeführten Fälle zur Beſtrafung durch dieſelbe Strafgattung geeignet ſind; der Unterſchied, der zwiſchen einzelnen derſelben ſtatt findet und ſich gewöhnlich nur aus dem Spiele des Zufalls ergiebt, läßt ſich durch den Unterſchied in der Dauer der Strafe vollkommen ausgleichen. Die unter dieſen Umſtänden (ohne Abſicht) geſchehene Tödtung wird einerſeits nicht mit der unvorbedachten aber doch vorſätzlichen Tödtung verwechſelt, und andererſeits das Rechtsgefühl nicht durch die Zurechnung zur bloßen Culpa beleidigt. Die Caſuiſtik des Geſetzes entſpricht der Natur der Sache, die Nothwendigkeit des Unter-

ſchiedes iſt auch dem ſ. g. gemeinen Menſchenverſtande klar, und den rechtsungebildeten Geſchwornen wird die Subſumtion nicht ſchwer fallen.

Wenn aber auch die hier bezeichnete Tödtung ohne Abſicht und die vorſätzliche aber unvorbedachte Tödtung in Anſehung von Schuld und Strafe wohl zu unterſcheiden ſind, ſo haben ſie doch ein gemeinſames Merkmal ſowohl unter ſich, als mit den meiſten vorkommenden Körperverletzungen: es ſind nämlich dergleichen Vergehen Producte des geſteigerten Affekts, entzügelten Jähzorns, und überhaupt augenblicklicher Verirrung. Häufig wird mit ſolchen Thaten ein bisher reines, redlich geführtes Leben befleckt, und in dem Verbrechen iſt der ſittliche Werth des Urhebers nicht untergegangen. In Gemäßheit der obigen Ausführung würde hier in der Vermengung des Sträflings mit dem gemeinen Troſſe verworfener Menſchen eine nicht zu rechtfertigende pſychiſche Schärfung liegen, und ich vindicire daher für die Feſtungsſtrafe die in den Artikeln 238, 239, 240 und 253 aufgeführten Fälle. Die Strafdauer ſoll nicht verkürzt, die phyſiſche Lage nicht verbeſſert werden; aber der Staat, der bei Beſtrafung der That in der ſittlichen Beſchaffenheit des Schuldigen keinen Grund der Milde und Nachſicht finden darf, ſoll es doch nicht verſäumen, da, wo es unbeſchadet der Gerechtigkeit geſchehen kann, der moraliſchen Würde des Menſchen Achtung zu bezeugen.

Abſichtlich wurde in obige Reihe der Art. 252 nicht mit aufgenommen. Denn wer die verbrecheriſche That mit vorbedachtem Entſchluſſe ausführt, ſpricht hierdurch aus, daß der Genius des Böſen in ſeiner Bruſt ſchon feſten Sitz gefaßt habe.

§. 7

In vorſtehenden §en ſind die Fälle aufgeführt, in

welchen nach meiner Anſicht ſtatt der gewöhnlichen für Verbrechen angedrohten Freiheitsſtrafe die bezeichnete Feſtungsſtrafe eintreten ſoll. Dieſelbe ſchließt ſich nach den in §. 2 und 3 enthaltenen Ausführungen an die bisherige Gefängnißſtrafe inſofern an, als ſie die ſtaatsbürgerliche Exiſtenz des Schuldigen nicht ipso jure und gänzlich aufhebt; vielmehr habe ich für beide Arten von Freiheitsſtrafen zu zeigen geſucht, daß nur die temporäre Entziehung ſtaatsbürgerlicher Rechte ſo wie ſie im code pénal vorkömmt, ein paſſendes Attribut derſelben ſeyn könne.

Wenn aber einerſeits die Zucht- und Arbeitshausſtrafe bei ſolchen Rechtsverletzungen, die den ſittlichen Charakter ihres Urhebers nicht brandmarken, beſeitigt werden ſoll, ſo ſcheint es die Conſequenz zu fordern, daß auch bei der Gefängnißſtrafe eine gleiche Rückſicht obwalte. Die Gefängnißſtrafe iſt in dem bisherigen Strafgeſetzbuche und in dem neuen Entwurfe ſowohl für wahrhaft entehrende Vergehen, als für Verſchuldungen andrer Art angedroht. Aber der neue Entwurf hat wenigſtens den Anfang gemacht, die verſchiedenartigen Fälle von einander zu ſcheiden; indem er den Verluſt aller im Art. 13 benannten Rechte und Vorzüge, welcher regelmäßig nur eine Folge der Verurtheilung in eine Verbrechensſtrafe iſt, auch bei der Verurtheilung in eine Vergehensſtrafe wegen Diebſtahls, Unterſchlagung, Fälſchung oder Betrugs eintreten läßt. Hier iſt alſo die Gefängnißſtrafe mit den Attributen des Arbeitshauſes angedroht. Wofür aber dieſe Zwitterhaftigkeit? Nicht die Dauer iſt es, welche der Freiheitsſtrafe in den Augen des Volks ein charakteriſtiſches Merkmal giebt; ſondern die Eigenſchaft derſelben aus dem Standpunkte der bürgerlichen Ehre, in ſo fern der Geſetzgeber bei ſeinen Strafandrohungen das hier allein competente Urtheil der öffentlichen Meinung berückſichti-

get. Eine Gefängnißſtrafe, welche gleich der des Arbeitshauſes mit Entziehung der ſtaatsbürgerlichen Ehre verbunden wird, iſt von der Arbeitshausſtrafe nicht der Hauptſache und Gattung, ſondern nur dem Namen und Nebendingen nach verſchieden; und die Lage des Sträflings würde nicht weſentlich verſchlimmert, wenn er ſeine Strafzeit wirklich im Arbeitshauſe zubringen müßte. In Erwägung deſſen war ſchon durch die Novelle vom 17. Juni 1817 den Appellationsgerichten aufgegeben worden, ſolche Civilſträflinge, die überhaupt, wie z. B. Landſtreicher mit ſchlechtem Leumund behaftet ſind, zur Erſtehung der verwirkten Gefängnißſtrafe ins Arbeitshaus zu verurtheilen; — und der neue Entwurf (Art. 299) ermächtigt die Gerichte, auch bei einfachen Diebſtählen, wenn beſonders erſchwerende Umſtände vorliegen, auf die Strafe des Arbeitshauſes zu erkennen. Man gehe nun, wie es die Conſequenz erfordert, noch einen Schritt weiter, und beſtimme die Strafe des Arbeitshauſes allgemein auch für die bisherigen Vergehen des Diebſtahls und Betrugs, der Unterſchlagung und Fälſchung.

Man kann ſich hiergegen nicht darauf berufen, daß die geringſte Dauer der Arbeitshausſtrafe 2 Jahre ſey, und geringe, einfache Diebſtähle eine ſo lange Freiheits-Beraubung nicht verdienten; allein, wie ſchon oben bemerkt wurde, nicht das Maximum und das Minimum der Dauer machen die Weſenheit einer Strafgattung aus, ſondern dieſe beſteht in dem Einfluß auf die ſtaatsbürgerliche Ehre nnd etwa auch in der phyſiſchen Lage. Nachdem man nun einmal den Grundſatz des Artikels 31 angenommen hat, ſo wäre, wenn man das Minimum der Arbeitshausſtrafe auf 3 oder 6 Monate feſtſetzte, das Loch im Syſteme keineswegs von reeller Bedeutung. Wollte man doch den bisherigen Gegenſatz einigermaſſen beibehalten, ſo kann man die Arbeitshausſtrafe in zwei

Klaſſen abtheilen. Dieſe Abtheilung ſcheint wirklich empfehlungswerth zu ſeyn, inſofern ſie zu einer Sonderung der Anfänger im Verbrechen von den erfahrnen Bewohnern des Strafhauſes führt. Dieſe Abſonderung, welche rein polizeilicher Natur iſt und ſonſt keine Folgen hat, würde die Einheit der Strafgattung und die Gleichartigkeit der Beſtrafung nicht im Geringſten verletzen.

Werden nun die vorgeſchlagenen Modificationen in der Stellung und Anwendung der verſchiedenen Strafgattungen richtig durchgeführt, ſo zerfallen die einzelnen Freiheitsſtrafen in zwei charakteriſtiſch getrennte Arten, deren eine die ſtaatsbürgerliche Ehre und Bedeutung des Sträflings vernichtet, dagegen ſie bei der andern nur ſuſpendirt werden kann. Der Gegenſatz findet ſich ſchon in den Anſichten und Meinungen des Volks, und entſpricht insbeſondere der Entſcheidung des jedem unverdorbnen Menſchen inwohnenden Rechtsgefühls, welches die oben unterſchiedenen Arten von ſtrafbaren Handlungen ebenfalls genau unterſcheidet. Der redliche Bürger wird ſich nicht ſcheuen, denjenigen, der wegen Körperverletzung oder Widerſetzung gegen die Obrigkeit beſtraft wurde, zum Hausgenoſſen oder Tiſchgeſellen zu haben, und ſelbſt der Todtſchläger, der in der Hitze der Leidenſchaft zum Verbrecher wurde, iſt mehr ein Gegenſtand des Mitleids, als des Abſcheus und der Verachtung. Dagegen wird die Gemeinſchaft mit dem Diebe, dem Betrüger überall gemieden, jederman fühlt ſich unheimlich in ſeiner Nähe, und wer auch nur zum kleinſten Betrage geſtohlen oder betrogen hat, der hat Glauben und Vertrauen ganz und gar verſcherzt. — Demzufolge würde eine charakteriſtiſche Trennung dieſer verſchiedenen Arten von ſtrafbaren Handlungen in der Strafgattung, und eine dem ſittlichen Gefühle entſprechende Ausſtattung der verſchiedenen Strafgattungen im ſchönen Sinne populär ſeyn. Die Strafgeſetzgebung hätte dann

eine zuverläſſige Stütze — in der öffentlichen Meinung. Die zuerkannten Strafen würden dann als gerecht erkannt, nicht blos, weil ſie den Androhungen im Geſetze, ſondern weil ſie auch dem ſchlichten Rechtsgefühle aller Redlichen entſprechen; und eben dadurch bekäme das Geſetz die ſicherſte Garantie ſeiner Auctorität und Wirkſamkeit.

§. 8.

Der Unterſchied zwiſchen Verbrechen und Vergehen konnte bisher von dem Volke nur in den verſchiedenen Folgen gefunden werden: warum aber die Folgen hier und dort verſchieden oder gleichartig ſeyn? — darauf war weder eine Löſung mit Gründen bereit, und eben ſo wenig konnte das geſunde Rechtsgefühl des ſchlichten Bürgers eine befriedigende Antwort geben. Der Unterſchied wird aber ſehr faßlich, er wird Jedermann ſach- und rechtsgemäß erſcheinen, wenn man die Gränzſcheide in der ausgeführten Art der öffentlichen Meinung, dem ſittlichen Gefühle des Volks überläßt. Verbrechen heiße die That, die ihren Urheber als einen ſittlich entwürdigten Menſchen darſtellt und ſchon von der richtenden Stimme der öffentlichen Meinung mit Entehrung beſtraft wird; dieſem entſpreche die Strafe des Geſetzes; nämlich hat der Verbrecher das Leben nicht verwirkt, Zuchthaus oder Arbeitshaus mit Vernichtung der ſtaatsbürgerlichen Ehre und Bedeutung. Unter den Begriff des Vergehens ſtelle man dagegen diejenigen ſtrafbaren Handlungen, durch welche der Urheber die Gemeinſchaft der Redlichen nicht verwirkt, die, das Product eines unbewachten Augenblicks, nach überſtandner Strafe verziehen und — vergeſſen werden. Dieſer Eigenſchaft der Handlung entſpricht die einfache Gefangnißſtrafe, in deren Stelle, wenn die objektive Schwere der That ein höheres Strafmaß fordert, die oben charak-

teriſirte Feſtungsſtrafe tritt. Das Geſetz, als das Organ der über die Ehre allein competenten Behörde der öffentlichen Meinung — verfügt hier niemals die gänzliche Vernichtung, ſondern nur nach Umſtänden zeitliche Entziehung der den Staatsbürger ehrenden Rechte. — Ausnahmsweiſe werde das Vergehen mit der der Dauer nach correſpondirenden Verbrechensſtrafe belegt, wenn der Schuldige ſchon früher eine Verbrechensſtrafe erlitten hat.

Hiermit wäre das Ziel der gegenwärtigen Abhandlung erreicht. Das Princip, welches hier für die Unterſcheidung der ſtrafbaren Handlungen in Verbrechen und Vergehen angegeben wird, hat einen guten Gewährsmann und Ausleger in der Bruſt derjenigen, für welche die Geſetze gegeben werden, ich möchte ſagen, es ſey juris gentium. Den Staatseinrichtungen kann es zwar nicht als nächſter Zweck vorgeſteckt werden, den Forderungen und Rückſichten der Moral nachzukommen, aber ſie werden deſto vollkommner ſeyn, je mehr ſie neben den Geboten der Gerechtigkeit auch die des Sittengeſetzes befriedigen. Der Staat, welcher den Unterſchied zwiſchen Verbrechen und Vergehen in der von mir vorgeſchlagnen Art feſtſetzt und durchführt, vergiebt einerſeits der Strenge des Rechtes nicht das Geringſte; und indem er auf der andern Seite der ſittlichen Würde des Menſchen Achtung bezeugt, nähert er ſich dem Ideale. Zudem muß er dahin ſtreben, daß, was Recht iſt, auch als Recht erkannt werde; dieſe Anerkennuug wird aber um ſo leichter erzielt werden, je weniger das ſittliche Gefühl dagegen zu proteſtiren Urſache hat.

Auch das mag noch bemerkt werden, daß wohl ſelten Vorſchläge der Annäherung zum Ideale in der Ausführung ſo wenig Schwierigkeiten darbieten, als der Meinige. Insbeſondere würde der neue Entwurf durch die Ausführung der fraglichen Idee nur wenige Verände-

rungen erleiden. Die Grundzüge im allgemeinen Theile würden ſich beſchränken, a) auf die Einſchaltung der Feſtungsſtrafe in die Reihe der Vergehensſtrafen, b) die nähere Bezeichnung der Merkmale der Feſtungsſtrafe, c) die Beſtimmung, daß die Verbrechensſtrafen die ſtaatsbürgerliche Perſönlichkeit vernichten, dagegen mit den Vergehensſtrafen (nach beſondern Vorſchriften) nur eine temporäre Interdiction derſelben verbunden werden kann. — Dabei wäre es keineswegs erforderlich, generiſche Merkmale der zu den Verbrechen oder Vergehen gezählten ſtrafbaren Handlungen anzugeben; bei Geſetzbüchern ſind Begriffe, Unterſcheidungen, Eintheilungen u. dgl. zur Darlegung der Idee nicht nothwendig; im Producte — in den einzelnen Rechtsſätzen und ihrer richtigen Anwendung muß ſie practiſchfruchtbar hervortreten.

Die Reviſion des ſpeciellen Theiles würde, wenn man ſich über den leitenden Grundſatz verſtändigt hat, eben ſo leicht von Statten gehen. Man folge nur dabei der Quelle des vorgeſchlagenen Princips — dem geſunden ſchlichten Rechtsgefühle.

II.

Bemerkungen

über den neuen

Entwurf eines Polizeiſtrafgeſetzbuchs.

Ueber den zweiten Theil des Entwurfs.

§. 1.

Der Entwurf, welcher die Grundlage der Strafgeſetzgebung von 1813 bildete, hatte den Begriff der Polizeiübertretungen auf ſolche Handlungen beſchränkt, welche keine Rechtsverletzungen ſind, demungeachtet aber wegen Gefahr, die ſie der Rechtsſicherheit drohen, und aus ſonſtigen politiſchen Gründen unter Strafe verboten werden. Das Geſetzbuch ſelbſt blieb hierbei nicht ſtehen, es beſtimmt im Art. 2 des Iſten Theils den Begriff der Polizeiübertretungen folgendermaßen:

„Handlungen oder Unterlaſſungen, welche zwar an „und für ſich ſelbſt Rechte des Staats oder eines „Unterthans nicht verletzen, jedoch wegen der Ge„fahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter „Strafe verboten oder geboten ſind, desgleichen „diejenigen geringeren Rechtsverletzun„gen, welche durch beſondere Geſetze den „Polizeibehörden zur Unterſuchung und „Beſtrafung überwieſen werden, heißen „Polizeiübertretungen."

Noch weniger tritt ein Gattungsunterſchied der Polizeiübertretungen von Verbrechen und Vergehen in dem neuen Entwurfe hervor. Indem Vollſtändigkeit in den Strafgeſetzgebung erſtrebt wurde, glaubte man zugleich das Polizeiſtrafgeſetzbuch liefern zu müſſen. Das Strafrecht, ſo heißt es in dem Vorworte, iſt ein in ſich abgeſchloſſenes Ganze, und die Geſetzgebung hat in

keinem Theile deſſelben für die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit ihrer Beſtimmungen eine Gewährſchaft, ſo lange ſie nicht die Totalität aller ſtrafbaren Handlungen von der höchſten bis zur niedrigſten Stufe auffaßt, und in einem zuſammenhängenden Werke behandelt, in welchem ein Theil dem andern zur Ergänzung oder Unterſtützung dient, und das Ganze, von einem Geiſte belebt, die nothwendige Harmonie und Haltung erhält. Nach dieſer Anſicht ſind nun, wie der Vorredner weiter bemerkt, die Gegenſtände der Strafgeſetzgebung in zwei Hauptmaſſen abgetheilt, wie nämlich die Handlungen nach der Wichtigkeit des Gegenſtandes und nach der Schwere der That eine, in Anſehung ihrer Beſchaffenheit und rechtlichen Wirkung, härtere Strafe, oder aus den entgeſetzten Gründen eine geringere Strafe zur nothwendigen Folge haben. Hiernach erhielt der Entwurf zwei Theile, von welchen der erſte die höher ſtrafbaren Handlungen unter dem Namen Verbrechen und Vergehen, der zweite aber die geringer ſtrafbaren Handlungen unter dem Namen Uebertretungen behandeln ſoll.

Hier iſt alſo beſtimmt ausgeſprochen, daß ſich in dem Sinne des neuen Geſetzes Polizeiübertretungen von Verbrechen und Vergehen nur dem Grade und nicht der Gattung nach unterſcheiden. Auch ſolche Handlungen und Unterlaſſungen, welche wahre Rechtsverletzungen ſind, kommen unter der Rubrik der Polizeiübertretungen vor, und es werden daher unter den wahren Rechtsverletzungen dem Grade nach drei Klaſſen unterſchieden: Verbrechen, Vergehen, Uebertretungen. In die dritte Klaſſe ſind, wegen Gleichheit im Grade der Strafbarkeit, zugleich auch diejenigen Handlungen eingereiht, die nicht als wirkliche Rechtsverletzungen, ſondern wegen ihrer Gefährlichkeit für die Rechtsſicherheit oder deßwegen zur Strafe gezogen werden,

weil ſie dem Staate in Verfolgung ſeiner andern Zwecke in den Weg treten. Dabei iſt zu bemerken, daß der ganze Inhalt der dritten Klaſſe oder des zweiten Theils in derſelben Ordnung redigirt iſt, wie der erſte Theil, ſo daß die bei Verbrechen und Vergehen angenommenen Rubriken und Eintheilungen durchaus bei den Uebertretungen wieder gefunden werden.

In gegenwärtiger Abhandlung ſollen nun prüfende Bemerkungen gemacht werden, theils über die in dem zweiten Theile des Entwurfs bedrohten Handlungen, theils über die daſelbſt angedrohten Strafen.

§. 2.

Vor allem mögen hier einige Worte über den eben angeführten Umſtand Platz finden, daß nämlich die Anordnung des zweiten Theils mit der des erſten ganz und gar zuſammentrifft. Sofern dieſe Gleichſtellung dazu dienen ſollte, die innere Conſequenz auch in der äußern Form darzuſtellen, und das Ganze als eine in ſich vollkommen harmoniſche Schöpfung vor Augen zu legen, verdient ſie gewiß allen Beifall.

In dem Vorworte iſt bemerkt, daß die Anordnung des neuen Entwurfs eine beſondere Gewährſchaft ihrer Richtigkeit darin habe, daß ſie in deſſen beiden Theilen genau eingehalten und ſelbſt hinſichtlich der in jedem Kapitel vorkommenden Gegenſtände durchgeführt werden konnte; wogegen die Eintheilung in Staats- und Privat-Verbrechen für die Uebertretungen weder paſſend noch erſchöpfend geweſen wäre. Man kann nun allerdings zugeben, daß die Anordnung des Entwurfs zum gemeinſchaftlichen Fachwerke beider Theile beſſer geeignet iſt, als das Syſtem des Strafgeſetzbuchs vom J. 1813. Allein ob die Anordnung des zweiten Theils nach den Rubriken des erſten, im Allgemeinen ſachgemäß, ob dabei in der Ausführung des Einzelnen Conſequenz möglich und ob insbeſondere der gemachte Verſuch einer gemein-

ſamen Claſſifikation gelungen ſey, das möchte wohl man- chem Zweifel unterliegen. In der Natur der Sache liegt es gewiß nicht, daß es bei allen Arten von Handlun- gen, die als Verbrechen oder Vergehen ſtrafbar ſind, auch correſpondirende Uebertretungen geben müſſe. Nicht überall dürften ſich entſcheidende Merkmale finden laſſen, welche die Spaltung derſelben Klaſſe von Handlungen in Verbrechen oder Vergehen und Uebertretungen zu rechtfertigen im Stande ſind; und nicht ſelten wird die gemeinſame Form nur durch unpaſſende gezwungene Stellung der Materie eingehalten werden können.

Bei dem für den zweiten Theil beſtimmten gemiſch- ten Inhalte war die Einhaltung der Rubriken des er- ſten Theils offenbar bedenklich.

Der erſte Theil hat es bloß mit wahren Rechts- verletzungen zu thun, und die einzelnen Abſchnitte deſſelben enthalten daher beſondere Arten von Rechtsver- letzungen, indem überall Object und Beſchaffenheit der Verletzung als Grund der Abtheilung hervortreten. Nun handelt zwar auch der zweite Theil mitunter von wirklichen Rechtsverletzungen, und auch diejenigen Uebertretungen möchten ſich ohne Schwierigkeit unter die Rubriken des erſten Theils einreihen laſſen, deren Ver- pönung zunächſt die Gefahr von Rechtsverletzungen ab- wenden ſoll. Allein ein ſehr großer Theil der Strafbe- ſtimmungen des zweiten Theils bezieht ſich nicht auf die Sicherung der Rechte, ſondern iſt dazu beſtimmt, die Erfüllung andrer Zwecke des Staats zu garantiren. Die Sorge des Staats für Sittlichkeit und Bil- dung, für Geſundheit und Wohlſtand ſoll durch den Arm der Polizeiſtrafgewalt unterſtützt, und dieſer gegen denjenigen gerichtet werden, welcher den aus jenem Standpunkte getroffenen Anordnungen zuwider handelt. Der Entwurf bedroht z. B. öffentliche Unſittlich- keit und Unzucht, er verbeut unter Strafe, ohne be-

ſondere Erlaubniß der Behörde eine Unterrichtsanſtalt zu errichten, die Unthätigkeit bei den Maßregeln für die öffentliche Reinlichkeit wird beſtraft, und als Uebertretung erklärt iſt die Verleitung der Vorſteher, Aufſeher, Faktoren oder Arbeiter inländiſcher Fabriken zum Dienſte ausländiſcher Fabriken. In allen dieſen Fällen iſt weder eine wirkliche noch eine drohende Rechtsverletzung wahrzunehmen; es müßte denn ſeyn, daß man die vage Möglichkeit in Anſchlag bringt, welche man bei jedem auch ganz vorwurfsfreien Beginnen ohne viele Mühe herausdeuteln kann. Gleichwohl ſind alle dieſe Fälle unter Rubriken aufgeführt, welche zur Claſſifikation wirklicher Rechtsverletzungen erſonnen wurden. So iſt gewöhnte Unſittlichkeit (Art. 318) als Uebertretung gegen die Rechte der Perſon, und die erwähnte Verleitung der Fabrikarbeiter (Art. 71) als Uebertretung gegen die Sicherheit des Staates aufgeführt.

Unter der letzteren Rubrik finden ſich ferner Strafbeſtimmungen gegen Aeltern, Pflegältern und Vormünder, welche ohne Erlaubniß der Obrigkeit ihre Kinder oder Pflegbefohlenen in ausländiſchen Anſtalten erziehen oder unterrichten laſſen (Art. 68) — gegen diejenigen, die zu ihrer Ausbildung im Gewerbs- oder Handelsſtande ohne obrigkeitliche Erlaubniß ins Ausland wandern, oder nach bewilligter Wanderung nicht alle Jahre ihrer Obrigkeit Nachricht von ihrem Aufenthalte geben (Art. 69); — desgleichen gegen diejenigen, die ohne Erlaubniß der Staatsbehörde ſich im Auslande verheirathen und dgl. (Art. 70). — Ebenfalls wegen Gefährde der Staatsſicherheit iſt nach Art. 84 derjenige bedroht, wer ohne obrigkeitliche Bewilligung eine Schriftdruckerei hält. In allen dieſen Fällen kann die Gefahr, welche der Sicherheit des Staates drohen ſoll, entweder gar nicht, oder doch nur in einer ſehr entfernten Möglichkeit gefunden

4 *

werden; — ja man möchte ſogar Urſache haben, den Staat zu bedauern, welcher von ſolchen an ſich unverfänglichen Handlungen und insbeſondere von jeder Winkelpreſſe Gefahr für ſeine Sicherheit befürchtet. — — In den Art. 277, 292 und 298 ſind der Selbſtmord, die Entwendung von Leichen und die Selbſtverſtümmlung als Uebertretungen wider die Rechte der Perſon bezeichnet. Wohl iſt es klar, daß in Fällen dieſer Art die Strafbeſtimmung nur gegen Akte der Unſittlichkeit, nicht aber gegen Rechtsverletzungen gerichtet ſey.

Die unpaſſende Stellung der angeführten und noch vieler andern Geſetzesvorſchriften war eine unvermeidbare Folge der dem Inhalte des Polizeiſtrafgeſetzbuches nicht zuſagenden Anordnung; indem bei dieſer, wie ſchon oben bemerkt wurde, blos die Rückſicht auf einen der verſchiedenen Beſtandtheile des Materiale vorwaltet.

Die Verſchiedenartigkeit des Inhalts ſcheint eine ganz natürliche, einfache Ordnung an die Hand zu geben, welche zumal ſchon bisher bei der wiſſenſchaftlichen Bearbeitung und wohl auch im praktiſchen Leben faſt allgemein eingehalten wurde. Nach den verſchiedenartigen Beſtandtheilen des Inhalts zerfalle auch das Geſetzbuch der Form nach in verſchiedene Abſchnitte. Die zur Sphäre der Polizei verwieſenen kleineren Rechtsverletzungen ſind abgeſondert zu behandeln von denjenigen Handlungen, welche nur zum Zwecke der Verhütung von Rechtsverletzungen bedroht ſind, und in eigenen Abtheilungen folgen die Strafbeſtimmungen aus dem Gebiete der Sitten-, Cultur-, Geſundheits- und Wirthſchafts-Polizei. — Iſt in dieſer Art nach ſorgfältiger Sammlung und Durchſicht des Inhalts das allgemeine Schema auf eine ſachgemäße Art entworfen, ſo wird die Einreihung der einzelnen Artikel auf zweck-

mäßige Weiſe leicht geſchehen können, ohne daß es weiter vieler Unterabtheilungen bedarf.

Daß übrigens der Werth des Syſtems bei einem Geſetzbuche nicht gleichgültig ſey, bedarf wohl keiner Ausführung. Derſelbe iſt beſonders von hoher Wichtigkeit aus dem Standpunkte der Popularität, welche ein Geſetzbuch haben ſoll. Der ſchlichte Bürger wird ſich nicht darein finden, wenn die einzelnen Beſtimmungen in eine künſtliche, ſachwidrige Form eingezwängt ſind. Er überſchlägt z. B. den Abſchnitt: „Uebertretungen wider die Sicherheit des Staates" — weil er es als unmöglich denkt, daß er, der ruhige patriotiſche Bürger, ſich jemals einer ſolchen Uebertretung ſchuldig mache. Wie wird er ſich nun wundern, wenn er aus frommem Sinne einer auswärtigen Bibelgeſellſchaft beigetreten iſt, und als Uebertreter wider die Sicherheit des Staates nach Art. 77 und 82 zur Strafe gezogen wird.

§. 3.

Nachdem man ſich einmal über die Gleichförmigkeit der Rubriken verſtanden hatte, mochte man um ſo weniger Bedenken tragen, die geringeren Grade wahrer Rechtsverletzungen nach einer willkürlichen Abſtufung zur Sphäre der Uebertretungen zu verweiſen. Ob die Natur der Sache, das allgemeine Rechtsgefühl, die öffentliche Meinung mit einer ſolchen folgenreichen Trennung an ſich gleichartiger Fälle überall im Einklange ſtehe, kann wohl bezweifelt werden. Es giebt gewiſſe Claſſen von Rechtsverletzungen, bei welchen ſich zwar allerdings Grade nach dieſem oder jenem Geſichtspunkte unterſcheiden laſſen, welche aber doch in allen, den ſchwerſten und unbedeutendſten Fällen, dem Weſen nach einen immer ganz gleichen Charakter haben. Ueberall tritt ein beſtimmter vorſätzlicher Angriff wider die

Ordnung im Staate, überall eine gemeine verwerfliche Geſinnung hervor, und der kleinſte Schritt auf dieſem Pfade ſcheidet von der Gemeinſchaft der redlichen Leute. Die öffentliche Meinung unterſcheidet dabei um ſo weniger, je mehr es gewöhnlich vom Zufalle abhängt, ob die Rechtsverletzung in einem größeren oder kleineren Umfange begangen wird. Ich ſpreche hier vorzüglich von den Rechtsverletzungen aus Eigennutz durch Diebſtahl, Betrug oder Unterſchlagung. Schon von vielen Seiten iſt hier die Abſtufung der Grade nach einer beſtimmten Summe gerügt worden; man hat auf die Ungereimtheit aufmerkſam gemacht, daß der Unterſchied eines oder weniger Kreuzer im Betrage des geſtohlenen Gutes einen folgenreichen Unterſchied in der Strafgattung machen ſoll; daß hier die große Verſchiedenheit des Urtheils meiſtens von dem Gutdünken des Taxators abhänge u. ſ. w. — Die Größe des geſtifteten Schadens iſt allerdings ein Merkmal, welches bei Zumeſſung der Strafe nicht außer Augen gelaſſen werden darf, und es kann zugegeben werden, daß ſich die Dauer der Strafe nach Maßgabe jenes Umſtandes modificiren ſoll. Allein dafür, daß derſelbe einen ſo folgenreichen Unterſchied der Strafgattung, wie er in dem Gegenſatze von Vergehen und Uebertretung nach der Anſicht des Geſetzgebers liegen ſoll, zu motiviren geeignet ſey, dafür laſſen ſich ausreichende Gründe gewiß nicht angeben. Daß ein ſolcher Unterſchied nur aus reiner Willkür hervorgehe, das ergiebt ſich ſchon daraus, weil die Gränze nur nach Willkür geſtreckt werden kann. Vergebens wird man einen Gattungsunterſchied der Diebſtähle unter oder über fünf Gulden nachzuweiſen ſtreben; es iſt daher, ihn willkürlich auszuprägen, um ſo weniger gerathen, als er niemals in dem Rechtsgefühle der Bürger eine Stütze finden wird. Es hat aber gewiß kein Bedenken, da, wo der Verſtand eine Abweichung zu begründen

nicht im Stande iſt, bei der Geſetzgebung Rückſicht auf die natürliche Anſicht derjenigen zu nehmen, auf welche die Geſetze wirken ſollen. Der Entwurf hat die frühere Scheidung des Verbrechens vom Vergehen nach dem Betrage von 25 Gulden aufgegeben; — warum iſt die hierdurch ausgeſprochene Anſicht nicht conſequent verfolgt worden? — Der code pénal ſtellt ſachgemäß (Art. 401) alle einfachen Diebſtähle, ohne Unterſchied der Summe zuſammen, und wenn auch die angedrohte Freiheitsſtrafe (Gefängnißſtrafe von 1—5 Jahren) in vielen Fällen zu hart ſeyn möchte, ſo hat es doch kein Bedenken, die in Th. I Art. 31 Abſatz 2 des Entwurfs beſtimmten nachtheiligen Folgen bei allen Diebſtählen und Betrügen, auch denen unter fünf Gulden eintreten, und hierdurch das bei Ehrenſtrafen gewiß competente Urtheil der öffentlichen Meinung vollziehen zu laſſen.

§. 4.

Das Verhältniß der beiden Theile iſt, wie ſchon oben bemerkt wurde, in dem Vorworte dahin angegeben, daß der erſte Theil die höher ſtrafbaren Handlungen unter dem Namen Verbrechen und Vergehen, der zweite Theil aber die geringer ſtrafbaren Handlungen unter dem Namen Uebertretungen enthalte.

Mit dieſer Angabe ſcheint es im Widerſpruche zu ſtehen, wenn nach Art. 15 des erſten Theils die Gefängnißſtrafe wegen Vergehens auf die kurze Zeit einer Woche, dagegen nach Th. II, Art 4 und 6 die Strafe der Zwangsarbeit bis auf 1 Jahr und die des Arreſtes bis auf 6 Monate wegen Uebertretungen erkannt werden kann. Die Dauer der Freiheitsberaubung iſt zwar nicht der einzige Maaßſtab der Strafe, und das Gefängniß iſt, in einem gegebenen Falle, ſo lange wenigſtens die verfaſſungsmäßigen Nachtheile damit verbunden ſind, als eine weit härtere Strafe zu betrachten, als ein gleich lange dauernder Arreſt. Allein in die-

ſen politiſchen Nachtheilen beſteht auch nach Th. II Art. 5 der einzige Unterſchied zwiſchen Gefängniß und Arreſt, und in einer Geſetzgebung, welche, wie der Entwurf, ſo wenig Gewicht auf dieſelben legt, daß er ſie als Anhängſel jeder Vergehensſtrafe eintreten läßt, iſt es wahrlich nicht conſequent, bei erklärtermaßen geringer ſtrafbaren Handlungen eine nach einem hauptſächlichen Merkmale (der Dauer) weit härtere Strafe anzudrohen, als das Minimum bei als ſtrafwürdiger angenommenen Handlungen feſtgeſetzt iſt. Nach dem Entwurfe kann es kommen, daß derjenige, welcher vom Civilſtrafgerichte, weil es die Handlung nicht einmal zum Minimum der Gefängnißſtrafe geeignet hielt, freigeſprochen wurde, nun von der Polizeiſtelle wegen derſelben Handlung zu 6 monatlichem Arreſt verurtheilt wird. Welche Anomalie! — Conſequenter iſt die Abſtufung im code pénal durchgeführt. Hier beſtimmt der Art. 40, daß die peine d'emprisonnement en matière correctionelle (unſre Gefängnißſtrafe wegen Vergehen) wenigſtens auf 6 Tage und höchſtens auf 5 Jahre zu erkennen ſey. Sodann ſetzt der Art. 464 feſt, daß der Arreſt pour contravention de police (Uebertretung) wenigſtens einen Tag und höchſtens fünf Tage daure.

Wie iſt es aber gekommen, daß das Nachbild in der bethätigten Conſequenz ſo weit hinter dem Originale zurückgeblieben iſt? — Auch hier ſcheint der Grund wieder darin zu liegen, daß man bei der allgemeinen Anlage und Feſtſtellung der allgemeinen Grundſätze die verſchiedenartigen Einzelheiten zu wenig vor Augen, und ſodann bei der Ausführung des Einzelnen manchmal die allgemeinen Grundſätze wieder aus den Augen verloren hatte. Die Richtigkeit dieſer Bemerkungen wird ſich aus Folgendem ergeben:

Sofern der zweite Theil auch Strafbeſtimmungen gegen wirkliche Rechtsverletzungen enthalten ſollte,

ſo war es eine unverkennbare und unerläßliche Forderung der in Hinſicht des Ganzen beabſichtigten Harmonie und Symmetrie, daß die geringere Strafbarkeit der Handlungen, welche hieher verwieſen wurden, auch in der verhältnißmäßig niedern Strafſcala ausgeſprochen werde. Bei einer im Weſen gleichen Freiheitsberaubung dürfte das Maximum der Uebertretungsſtrafe das Minimum der Vergehensſtrafe — in dieſen Fällen — nicht überſteigen. — Dieſe Forderung der Conſequenz iſt in der angezogenen Stelle des Vorworts anerkannt, und ſie wäre ohne Zweifel realiſirt worden, wenn ſich der Inhalt des zweiten Theils lediglich auf Fälle dieſer Art beſchränkt hätte. — Allein dieſelben können in einem umfaſſenden Polizeiſtrafgeſetzbuche immer nur einen kleinen Theil ausmachen; bei dem größeren Theile der hier zu verpönenden Handlungen iſt das Princip der Strafbarkeit ein ganz anderes, als bei wahren Rechtsverletzungen; man kann keineswegs ſagen, daß der Unterſchied in der bloßen Gradation liege; vielmehr iſt es bei der Verſchiedenartigkeit des Princips der Strafbarkeit nichts weniger als inconſequent, eine Handlung, die blos wegen ihrer Gefährlichkeit für die Rechtsſicherheit verpönt iſt, härter zu bedrohen, als eine wirkliche, geringe, jedoch als Vergehen bezeichnete Rechtsverletzung. So hat der Entwurf die Landſtreicherei ſachgemäß in den Polizeicodex verwieſen, und ſie hier, gewiß nicht zu ſtreng, mit Zwangsarbeit bis zu einem Jahre bedroht. Wenn nun gleich hier gegen die Eigenſchaft und Dauer der Strafe der Sache nach gar nichts einzuwenden iſt, ſo iſt doch der Mißſtand offenbar, das Verhältniß ſämmtlicher Uebertretungen zu Verbrechen und Vergehen als das der geringeren Strafbarkeit anzukündigen, und hinterher viele Uebertretungen mit Strafen zu belegen, die weit härter ſind als eine geringe Vergehensſtrafe. Das Mißver-

hältniß erſcheint noch bedeutender, wenn man weiß, daß Sträflinge, welche Gelegenheit hatten, ſowohl das zu Verbrechensſtrafen beſtimmte Strafarbeitshaus als auch die Zwangsarbeitsanſtalt z. B. auf der Plaſſenburg kennen zu lernen, es vorziehen durch freiwilliges Geſtändniß auf acht Jahre ins Strafarbeitshaus zu gelangen, als auf ein Jahr nach Plaſſenburg zu wandern.

Nachdem man aber einmal das a priori angenommene Verhältniß der geringeren Strafbarkeit bei ſolchen Uebertretungen, die keine wahren Rechtsverletzungen ſind, auf leicht begreifliche Weiſe bei Seite geſetzt hatte, ſo war es nur ein kleiner Schritt weiter, daſſelbe auch bei den in den Polizeicodex verwieſenen kleineren Rechtsverletzungen aufzugeben. Auch dieſe ſind größtentheils mit Strafen bedroht, deren Maximum das Minimum der Gefängnißſtrafe bedeutend überſteigt. — Mit der beabſichtigten und angekündigten Einheit und Symmetrie des Ganzen möchte ſich dieß wohl nicht recht vertragen.

Die praktiſchen Nachtheile des gerügten theoretiſchen Mangels ſind nicht zu verkennen.

In einem Staate, der ſich einer Volksvertretung und Gemeindeverfaſſung erfreut, und deſſen Bürger zur Einſicht in die öffentlichen Angelegenheiten und zur erſprießlichen Thätigkeit für das Gemeinweſen erzogen werden ſollen, muß dahin geſtrebt werden, denſelben eine klare Anſchauung darüber zu verſchaffen, welches der beſtimmte Wirkungskreis jeder der verſchiedenen Staatsbehörden ſey, worin der Grund ihrer Trennung liege, wie jede in ihrer Sphäre auf eigenthümliche Weiſe nothwendig und nützlich und wie durch ihr allerſeits ſelbſtſtändiges aber harmoniſches Zuſammenwirken die Ordnung und Blüthe des Gemeinweſens geſichert ſey. Um dieſen Zweck nicht zu verfehlen, muß es mit äußer-

ſter Sorgfalt vermieden werden, durch Verſchlingung des Wirkungskreiſes verſchiedener coordinirter Behörden den bedenklichen Mißſtand möglich zu machen, daß die eine Behörde eine Verfügung trifft, oder eine Maßregel ergreift, welche die andere coordinirte Behörde, nicht etwa wegen Incompetenz, ſondern aus materiellen Gründen verworfen, oder für unzuläſſig erklärt hat. — Wenn die Regierung durch entgegengeſetzte Beſchlüſſe und Verfügungen ihrer verſchiedenen Zweige in Inconſequenzen verfällt; wenn der Schutz des Rechts und der Freiheit, welchen die eine Behörde gewährt, von der andern vereitelt wird; wenn die Beruhigung, welche die Verwaltung der einen Behörde einflößt, durch die Furcht vor der andern zerſtört wird; — dann iſt die vernünftige Auctorität der Regierung dahin, der Bürger kann kein Vertrauen mehr zu ihr haben, kann ſie nicht mehr achten. — Kaum wird ſich aber ein auffallenderes Widerſpiel denken laſſen, als darin liegt, wenn eine Handlung, welche vom Geſetze ſelbſt durch ihre Bezeichnung als Uebertretung für weniger ſtrafbar erklärt iſt, demungeachtet von der Polizeibehörde mit einer härteren Strafe belegt wird, als eine andere ähnliche, die das Geſetz als Vergehen und daher als höher ſtrafbar aufführt, und gleichwohl zufolge Verurtheilung von der Juſtizbehörde auf leichtere Weiſe abgebüßt wird. Daß dergleichen Fälle, wenn der Entwurf Geſetzeskraft erhielte, ſehr häufig vorkommen können, iſt wohl nicht zu bezweifeln: z. B. die Beleidigung der Amtsehre, welche der Art. 126 Th. I verpönt, ſoll doch gewiß ſtrafbarer ſeyn, als diejenige, von welcher der Art. 92 Th. II ſpricht. Gleichwohl kann der des Vergehens Schuldige bei beſonders mildernden Umſtänden mit acht Tagen Gefängniß wegkommen, dagegen ein Andrer wegen Uebertretung zu Arreſt von drei Monaten verurtheilt werden.

In dem ſchlichten Bürger, der bei ſolchen Erſcheinungen die Inconſequenz fühlt, ohne eine beruhigende Erklärung finden zu können, werden Zweifel an der Ordnung und Rechtmäßigkeit der Staatsverwaltung entſtehen, er wird irre werden an dem Geſetze und der Obrigkeit, und ſeine Achtung vor beiden beginnt zu wanken.

Man wird mir einwenden, in den politiſchen Nachtheilen, welche mit jeder Vergehensſtrafe verbunden ſind, liege ein charakteriſtiſches Merkmal, welches ſie auch bei der kürzeſten Dauer weit härter mache als der Dauer nach längere Uebertretungsſtrafen. Allein wenn man auch davon abſieht, daß dieſe Anſicht im Entwurfe nicht conſequent durchgeführt iſt, ſo läßt ſich doch die Bündigkeit dieſes Einwandes in mehrfacher Hinſicht bezweifeln. Die fraglichen politiſchen Nachtheile werden wohl bei dem geringſten Theile der Sträflinge wirkſam. Die Verfaſſung und das Gemeindeedikt knüpfen die paſſive Wahlfähigkeit an Bedingungen, deren Erfüllung ſich nur bei der bei weitem kleineren Anzahl der Staatsbürger findet. Nur der durch Vermögen ausgezeichnete, bedeutende Abgaben zahlende Bürger genießt das Vorrecht der paſſiven Wahlfähigkeit. Nun iſt es aber notoriſch, daß Unterſuchungen und Straferkenntniſſe zum größten Theile ſolche Perſonen treffen, welche unvermögend ſind, keine oder geringere Steuern zahlen, und daher keinen Platz in der Liſte der paſſiv Wahlfähigen haben. Was dieſe Leute nicht haben, die paſſive Wahlfähigkeit, kann ihnen durch das Geſetz nicht genommen werden. Die das Gefängniß vor dem Arreſte auszeichnende geſetzliche Schärfung würde demnach in den meiſten Fällen keinen Gegenſtand finden, und nicht in Vollzug treten. Mit ihrer Wirkſamkeit fällt aber auch der Unterſchied der Verge-

hens, von der Uebertretungsſtrafe gänzlich weg.

Es iſt dabei ferner nicht zu überſehen, daß die fraglichen politiſchen Nachtheile, als Schärfung der Freiheitsſtrafe, gemeinhin nicht ſofort in äußerlicher Erſcheinung hervortreten. Nur derjenige, der zur Zeit der Verurtheilung wirklich Ortsvorſteher, Magiſtratsrath, Gemeindebevollmächtigter oder Volksvertreter iſt, würde alsbald von dieſer Schärfung getroffen werden, und in ſolchen Fällen dieſelbe zur unverzüglichen allgemeinen Wahrnehmung kommen. In andern Fällen hingegen wird der Vergehensſträfling vor der Hand gerade ſo behandelt, wie der Uebertretungsſträfling, und es hängt, kann man ſagen, vom Zufall ab, ob die geſetzliche Schärfung, welche der Vergehensſtrafe anklebt, ſpäterhin wirkſam und bekannt wird. — Es kann aber wohl nicht beſtritten werden, daß eine Strafart, deren Eigenthümlichkeit vielleicht nur ſelten zur allgemeinen Kunde gelangt, dadurch an praktiſchem Werthe ſehr verliert.

Endlich mag hier auch noch darauf verwieſen werden, daß in der vorigen Abhandlung zu zeigen geſtrebt wurde, wie unzweckmäßig und ungerecht es ſey, die erwähnten politiſchen Nachtheile bei allen Vergehen eintreten zu laſſen.

Aber, wird man fragen, ſoll denn der Arm der Polizeigewalt ſo ſehr verkürzt, ihre Strafbefugniß in der Art herabgeſetzt werden, daß ſie den ruhigen Bürger auf nicht länger als höchſtens acht Tage vor dem gefährlichen, unverbeſſerlichen Landſtreicher ſicher ſtellen kann? — Keineswegs. Die Polizeigewalt ſoll — in ihrer Sphäre — mit aller Strenge wirken können, wie ſie zur Erreichung ihrer Zwecke erforderlich iſt; —

aber dieſe beſtimmte Sphäre ſoll nicht mit dem Gebiete der Juſtiz vermengt und verwechſelt, ſondern von dieſem ſcharf geſchieden werden. Wenn der Geſetzgeber es für nothwendig oder doch zweckmäßig findet, unter den wahren Rechtsverletzungen neben Verbrechen und Vergehen noch eine dritte Claſſe minder ſtrafbarer Handlungen unter der Rubrik von Uebertretungen auszuſcheiden, ſo hat es keinen Anſtand, die Uebertretungen dieſer Art, werden ſie gleich zur Aburtheilung an die Polizeibehörden verwieſen, in das Strafgeſetzbuch, als integrirenden Theil deſſelben, unter gemeinſamen Principien und Rubriken aufzunehmen. Nur muß der Grund der Abtheilung aller Rechtsverletzungen in drei Claſſen, nämlich der verſchiedene Grad der Strafbarkeit, durch verhältnißmäßige Abſtufung der angedrohten Strafen überall conſequent durchgeführt ſeyn.

Conſequenz iſt aber nicht möglich, und die angegebenen Folgen der gerügten Inconſequenz treten ein, wenn weſentlich verſchiedenartige Dinge mit gleichem Maaße gemeſſen werden ſollen. Die Beſtrafung wahrer Rechtsverletzungen hat zwar mit der Beſtrafung der eigenthümlichen Polizeiübertretungen das gemein, daß ſie hier und dort zur Aufrechthaltung der Auktorität des Geſetzes dient. Allein die Geſetze, deren Auktorität garantirt werden ſoll, ſind nicht gleichartig, insbeſondere ſind ihre Zwecke nicht ſubordinirt, ſondern coordinirt; — die Handlungen, durch welche hier und dort die Auktorität des Geſetzes gefährdet wird, ſind nicht bloß dem Grade nach, ſondern generiſch verſchieden, und die Mittel, die es hier und dort anzuwenden noth thut, laſſen ſich keineswegs aus einem gemeinſamen oberſten Grundſatze ableiten. Alle dieſe Momente ſind geeignet, Einfluß auf die Art und Weiſe und den Grad der anzudrohenden Strafen zu äußern; hieraus

folgt aber, daß es unzuläſſig iſt, die Strafbeſtimmungen der Juſtiz- und die der Polizeigewalt als ein Ganzes zu behandeln, deſſen einzelne Theile ſich nur dem Grade nach unterſcheiden. Eine unbedeutende Körperverletzung, die keine für die Geſundheit bedenklichen Folgen hatte, iſt in allen Geſetzgebungen nur mit einer geringen Strafe, z. B. mit Gefängniß von wenigen Wochen bedroht. Auf der andern Seite wird derjenige, welcher den Quarantaine-Cordon vor der Zeit in ganz unverfänglicher, vielleicht moraliſch-löblicher Abſicht überſchritten hat, unerbittlich mit dem Tode beſtraft. Gleichwohl wurde dort ein zur Sphäre der Juſtiz gehöriges Strafgeſetz, hier nur eine Polizeiverordnung übertreten. — Es iſt ferner leicht zu rechtfertigen, daß öffentliche und unnatürliche Unzucht mit längerem und hartem Gefängniſſe beſtraft werde, und gleichwohl iſt hier kein Recht verletzt worden. Der unverbeſſerliche Landſtreicher wird zweckmäßig und ohne Ungerechtigkeit ſelbſt auf mehrere Jahre ins Zwangsarbeitshaus geſperrt, wenn er auch nicht des geringſten Vergehens überwieſen werden konnte.

Wenn in dieſer Art der Polizeiſtrafgewalt ein Feld eingeräumt wird, auf welchem ſie ſelbſt die höchſten Vergehensſtrafen verhängen kann, ſo geſchieht dies aus eigenthümlichen Rückſichten, welche von denjenigen, die das Gebiet der Juſtizſtrafgewalt beſtimmen, weſentlich verſchieden ſind. Von beiden Zweigen der Staatsverwaltung wird durch Verhängung ſchwerer und geringer Strafen die Erhaltung der Ordnung im Staate erſtrebt, aber nach verſchiedenen Geſichtspunkten. Die Juſtizbehörde hat es allein und unmittelbar mit der Handhabung des Rechtsgeſetzes zu thun, indem ſie diejenigen, welche gegen die Strafgebote deſſelben gefrevelt haben, zur Rechenſchaft und Strafe zieht. Der Arm der Polizei

will drohenden Freveln vorbeugen, und je ſchwerer die Verletzung, welcher zu begegnen iſt, je dringender die Gefahr, je größer die Verſuchung iſt, deſto nachdrückli- cher und ſtrenger muß ſie dem gefahrvollen Beginnen entgegentreten; ſo daß es nach Umſtänden keinem Be- denken unterliegen kann, die im hohen Maße gefährliche Handlung mit größeren Uebeln zu verpönen, als eine geringe wirkliche Verletzung. Die Polizei will ferner die Hinderniſſe der Bildung und Sittlichkeit, der Geſundheit und des Wohlſtandes entfernen, und muß die Erreichung ihres Strebens hier überall durch Androhung und Verhängung ſolcher Strafen garantiren, wie ſie erforderlich ſind, um die Auctorität der desfal- ligen Anordnungen zu erhalten. — Auch hier wird es manchmal noth thun, auf energiſche Weiſe — mit em- pfindlichen Strafen den hartnäckigen Widerſtand zurück- zuweiſen, welchen z. B. eingeroſtete Vorurtheile erſprieß- lichen Fortſchritten der Cultur in den Weg legen. Die Erfahrung wird manchmal lehren, daß ganz leichte Stra- fen, wie ſie bei geringen Rechtsverletzungen genü- gen, durchaus nicht ausreichen, um die Oppoſition des Unverſtandes und böſen Willens zu entkräften, und es müſſen, um dem Guten den Sieg zu verſchaffen, ſtärkere Waffen gerüſtet werden.

Wohl mag es nun zwar häufig der Fall ſeyn, daß die Polizei mit ſo geringen Strafen ausreicht, daß dabei das Minimum der analogen Vergehensſtrafe nicht einmal erreicht wird. Allein dies hat ſeinen Grund nicht blos in einer graduellen Verſchiedenheit, ſon- dern vielmehr in der ganz ins Kleine gehenden alle Sei- ten und Verhältniſſe des bürgerlichen Lebens ergreifen- den und bewachenden Thätigkeit der Polizeigewalt. — Aber eben der nach mannigfaltigen Richtungen ausge- breitete Wirkungskreis der Polizei bietet auch eine

große Menge von Fällen dar, wo ſie mit Strafen einſchreiten muß, die zumal den geringeren Vergehensſtrafen wenigſtens gleichkommen.

Dadurch, daß die Polizei mit einer ſolchen Strafgewalt ausgerüſtet wird, ſind die Gränzen zwiſchen ihr und der Juſtiz noch keineswegs verwirrt. Nicht die Gleichheit der Mittel zur Erreichung verſchiedener Zwecke verwirrt die Gränzen der Competenz, ſondern eine ſolche ſchädliche Competenzverwirrung iſt nur dann vorhanden, wenn gleichartige Fälle von verſchiedenen Behörden auf verſchiedene Weiſe behandelt werden. Dies iſt allerdings dann der Fall, wenn die Polizeibehörde die Uebertretung der beleidigten Amtsehre mit ſchwererer Strafe belegen kann, als die Juſtizbehörde in leichteren Fällen des gleichartigen Vergehens erkennt; keineswegs aber, wenn die Juſtizſtelle das Vergehen der Körperverletzung mit 8 Tagen Gefängniß beſtraft, und eine nach Standrecht richtende Polizeiſtelle den Uebertreter des Quarantainegeſetzes binnen 24 Stunden hinrichten läßt.

Es wird kaum nöthig ſeyn, das Reſultat der bisherigen Erörterung noch beſonders auszuſprechen: ich glaube gezeigt zu haben, daß es ein Grundfehler bei der Anlage des neuen Entwurfs war, den Polizeiſtrafcoder nach allen ſeinen Beſtandtheilen — als eine bloße Abtheilung des Staafgeſetzbuchs überhaupt zu behandeln, und als das Verhältniß der polizeilich ſtrafbaren Handlungen zu den in die Sphäre des eigentlichen Criminalrechts gehörigen — einzig und allein — die geringere Strafbarkeit der erſtern — a priori feſtzuſetzen.

Sollen, der obwaltenden Bedenken ungeachtet, alle im Staate beſtehenden Strafgeſetze wenigſtens äußerlich als ein Ganzes dargeſtellt, und dabei die kleineren Rechts-

verletzungen in den Polizeiſtrafcodex verwieſen werden, ſo iſt der Schein der Conſequenz nur dadurch zu retten, daß der Polizeiſtrafcodex in mehrere auch in den Principien, insbeſondere in dem Strafmaße verſchiedene Abtheilungen zerfällt.

III.

Vorſchlag

zur

geſetzlichen Entſcheidung

der vorhandenen

civilrechtlichen Controverſen.

---

§. 1.

Die Mängel unſrer deutſchen Civilrechtspflege, welche auch da, wo ſie am beſten iſt, gefühlt werden, ſind in den neueſten Zeiten vorzüglich auf Rechnung unſrer Prozeßgeſetze und der Prozeßpraxis geſetzt worden. Daher der vielſtimmige Ruf nach Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration, nach Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, daher auch hier und dort die Verſuche, den Hauptübeln und Mißbräuchen durch einzelne Novellen zu ſteuern.

Kurz vorher, ehe ſich beſonders aus Veranlaſſung näherer Bekanntſchaft mit der in den jenſeitigen Rheinprovinzen beſtehenden Gerichtsverfaſſung und Gerichtsordnung die Stimmen für die Reform des Verfahrens erhoben, war von vielen Seiten die Frage erörtert worden, wie die erſehnte Verbeſſerung durch legislatoriſche Thätigkeit im Gebiete des materiellen Civilrechts zu erſtreben, und ob insbeſondere von Verdrängung des bisherigen ſ. g. gemeinen Rechts durch eine neue volksthümliche Civilgeſetzgebung Heil zu hoffen ſey? — Die meiſten derjenigen, welche bei der öffentlichen Verhandlung dieſer hochwichtigen Frage das Wort nahmen, haben ſie bejahend beantwortet und auf alsbaldiges Beginnen des großen Nationalwerkes gedrungen. Man kann ſagen, daß ihre Anſicht über die Bedenken und Vorſchläge der Gegner in der öffentlichen Meinung den Sieg gewonnen habe, und von den urſprünglichen Gegnern ſelbſt ſcheinen mehrere, und da-

runter der Gewichtigſte, in der neuern Zeit auf ihrer frühern Oppoſition nicht ganz beſtehen zu wollen: andere aus ihrer Mitte haben mittlerweile an dem veronenſiſchen Gajus ein für ſie ſo unterhaltendes und ſie ſo reichlich beſchäftigendes antiquariſches Spielwerk gefunden, daß ſie von den dringenden Bedürfniſſen der Gegenwart, und von den ernſten Bemühungen zur reellen Hülfsleiſtung gar keine Notiz mehr nehmen, und ſo den Kampfplatz ganz verlaſſen haben.

Indeſſen ſind die Wünſche der Sieger, welche zugleich die Wünſche der Völker ſind, noch nirgends zur Erfüllung gekommen, man hat wohl hier und dort die Realiſirung der wohlgemeinten Vorſchläge verſprochen, aber noch iſt kein Schritt geſchehen, das gegebene Wort zu löſen. Vielmehr ſcheint man die Reform des Civilrechts und insbeſondere die Abfaſſung eines neuen Civilgeſetzbuches vor der Hand noch ganz bei Seite ſetzen zu wollen, und zunächſt nur die Verbeſſerung des Verfahrens zum Ziele gemacht zu haben. Aber auch hier ſtehen der Radicalreform nach den oben bezeichneten Grundmaximen ſo viele Hinderniſſe in abweichenden Anſichten und feindſeligen Geſinnungen entgegen, daß man bisher nur zur Abſtellung einzelner allgemein anerkannter Gebrechen, und zu einigen Verbeſſerungsverſuchen durch Novellen gelangen mochte.

Durch ſolche Verbeſſerungen der Gerichtsordnung, wie ſie z. B. in Baiern durch das Geſetz vom 22. Juli 1819 verſucht wurden, mag nun allerdings ſoviel erreicht werden, daß Rechtsſtreite, welche einmal erhoben ſind, nicht nur eine ſchnellere, ſondern auch eine beſſere Erledigung finden. Es mag ferner dadurch verhütet werden, daß ſich die Rechtsſtreite nicht aus ſich ſelbſt, z. B. durch den Mißbrauch von Rechtsmitteln und Reſtitutionen vervielfältigen. — Allein die Prozeßgeſetzgebung überhaupt, auch wenn ſie eine idealiſche Vollkommenheit hat, iſt

nicht dazu geeignet, den Urſprung der Rechtsſtreite zu verhindern; ſie begründet nur die Heilkunſt für vorhandene Uebel; ein erſprießlicheres Wirken iſt es, den erſten Keim des Uebels aus dem Wege zu räumen und es ſo auf den Gang und Erfolg der künftigen Heilung gar nicht ankommen zu laſſen. Das aber iſt die ſchöne Aufgabe der materiellen Civilgeſetzgebung, durch Klarheit, Beſtimmtheit und Vollſtändigkeit ihrer Vorſchriften die Entſtehung von Prozeſſen zu verhindern. Es iſt ein großer Vorzug einer Civilgeſetzgebung, wenn man ihr nachrühmeu kann, daß alle entſtehenden Prozeſſe durch ſie zu einer wahrhaft gerechten Entſcheidung kommen; aber noch ein weit größerer Ruhm gebührt ihr, wenn ſie die Zahl der anhängig werdenden Rechtsſtreite ſoviel als möglich vermindert.

Wenn wir aus dieſem Geſichtspunkte unſer ſ. g. gemeines deutſches Recht betrachten, ſo finden wir, daß man ihm weit eher das Prädicat: „prozeſſeerregend“, als das andere „prozeſſeverhütend“ geben könnte. Es iſt nicht etwa allein die legislatoriſche Schwierigkeit gewiſſer Normen, oder die menſchlicher Weiſe nothwendige Unvollſtändigkeit, welche hier als ſtreitveranlaſſende Mängel begegnen; und man braucht, um hier bei jedem Schritte Tadelnswürdiges zu finden, keineswegs von der überſpannten Forderung auszugehen, daß die Geſetze der Chicane jeden möglichen Spielraum abſchneiden ſollen. — Auch bei ſolchen Rechtsfragen, wo die Natur der Sache die promteſte Entſcheidung darbeut, oder wo es gleichgültig iſt, ob man dieſe oder jene Beſtimmung treffe, — auch bei den leichteſten Aufgaben des Geſetzgebers fehlt es an einer klaren, beſtimmten, unbeſtrittenen Norm, und nach dem größten Aufwande von Gelehrſamkeit kömmt man vielleicht zu dem Reſultate, daß einem die Wahl wehe thue, welcher Anſicht man beipflichten ſolle. — Nicht ſowohl über Unvollſtändigkeit,

als vielmehr über läſtigen Ueberfluß an vorhandenen Rechtsnormen hat man zu klagen; indem in dem überſchwenglichen Reichthume jede Partei findet, was ſie ſucht, und daher Urſache hat, ihre Sache im beſten Glauben für die gerechte zu halten. Der Chicane iſt nicht nur nicht vorgebeugt, ſondern vielmehr Thür und Thor geöffnet, und auch die frivolſte Anmaßung oder Weigerung kann durch Geſetzſtellen und Autoren den Schein der Gerechtigkeit uſurpiren. — Man denke nur an die unüberſehbare, täglich noch wachſende Menge von civilrechtlichen Controverſen, und man muß es als bewieſen annehmen, daß ein ſehr großer Theil der entſtehenden Proceſſe ſeine Veranlaſſung in dem erbärmlichen Zuſtande unſerer Civilgeſetzgebung habe.

Wenn man nun erwägt, wie nachtheilig die Vervielfältigung der Proceſſe auf Sitten und Wohlſtand der Bürger wirke, wie die Menge der zu erledigenden Rechtsſtreite die Reife und Gründlichkeit der Entſcheidung und eben dadurch deren Gerechtigkeit gefährde, — wie ferner der Widerſpruch, in welchem die auf verſchiedene Anſichten gebauten Urtheile der Gerichtshöfe häufig mit einander ſtehen, der Auctorität der Geſetze und der Obrigkeit nothwendig Eintrag thue, ſo kann das gegenwärtige dringende Bedürfniß ſchleuniger Abhülfe von Niemand verkannt werden.

Allein eben die Abhülfe, wird man erwiedern, iſt auf ſchleunige Weiſe nicht möglich; denn ein neues Civilgeſetzbuch, welches den Meiſter loben und nicht nach zehn Jahren das Bedürfniß eines neueren erwecken ſoll, erfordert zu ſeiner Abfaſſung langjährigen hohen Kraftaufwand, und, wenn man zumal an die Nothwendigkeit der Berathung durch die Stände des Reichs denkt, ſo muß man die Hoffnung auf mehrere Decennien hinaus aufgeben. — Sofern man annimmt, daß die Abhülfe nur durch eine Radicalreform der ganzen Civilgeſetzge-

bung, durch Abfaſſung eines neuen Geſetzbuches geſche-
hen könne, läßt ſich die Richtigkeit des gemachten Ein-
wurfs nicht bezweifeln. Allein warum ſollte das drin-
gendſte Bedürfniß nicht einſtweilen durch partielle
Heilung, durch eine Reihe von zweckmäßigen Novellen
befriedigt werden können? Man hat bei dem Straf-
rechte, der Gerichtsordnung kein Bedenken getragen, auf
dieſe Weiſe den am meiſten auffallenden Mängeln abzu-
helfen; — warum ſoll das Civilrecht allein bis zu dem
fernen Tage der vollkommnen Regeneration ganz ver-
wahrloſ't bleiben? — Ich will verſuchen, zu zeigen, daß
dieſe einſtweilige Beſeitigung der ſchreiendſten Gebrechen,
und insbeſondere die geſetzgeberiſche Entſcheidung der
gangbarſten Controverſen keinen erheblichen Bedenken
unterliege, und daß durch ein deßfallſiges Geſetz von
wenigen Blättern die Abſchneidung einer Menge von
Proceſſen bewirkt, und daher ſehr viel Gutes geſtiftet
werden würde.

§. 2.

Die Bekanntmachung von Novellen iſt a) — als Mit-
tel zur zeitgemäßen Fortbildung der Geſetzgebung —
nicht nur nicht verwerflich, ſondern vielmehr überall
nützlich, und, kann man hinzuſetzen, ſogar nothwendig.
Eine Geſetzgebung iſt um ſo vollkommner, je mehr ſie
dem jedesmaligen Zuſtande der Cultur und des geſelli-
gen Verkehrs — und überhaupt den Bedürfniſſen der
Zeit entſpricht. So wie aber die Menſchheit nicht ſtille
ſteht, ſondern in ihrer Entwicklung immer neue Geſtal-
tungen der Coexiſtenzverhältniſſe offenbart, ſo muß auch
die Geſetzgebung für zeitgemäße Fortſchritte empfänglich
ſeyn, und in ihrer Fortbildung den jedesmaligen Wech-
ſel der Geſchichte ausprägen. So wie aber dieſer Wech-
ſel in der Regel nicht durch plötzliche Umwälzung, ſon-
dern auf dem Wege allmähliger Entwicklung eintritt,

ſo wie ſich Bedürfniſſe und Anſichten in den verſchiedenen Beziehungen des Lebens nur nach und nach erweitern und verändern, eben ſo thut es nicht noth, von Zeit zu Zeit die bisherigen Geſetztafeln ganz und gar zu zertrümmern, und neue an ihre Stelle zu ſetzen; ſondern es entſpricht dem gewöhnlichen Gange geſchichtlicher Entwicklung, die Auktorität der bisherigen Geſetze im Ganzen zu erhalten, und ſie nur durch paſſende Zuſätze und Erläuterungen mit den allgemeinen Fortſchritten in Einklang zu bringen.

Die Nothwendigkeit der Novellen ergiebt ſich ferner noch daraus, daß die Erfahrung wohl bei allen Geſetzgebungen einzelne Mängel und Lücken nachweißt, und ſo das vielleicht dringende Bedürfniß einiger Nachhülfe erweckt. Insbeſondere wird häufig das Schwanken der Praxis den Wunſch erzeugen, daß eine authentiſche Auslegung in die Mitte treten möge, und wo nun die Jurisprudence keinen ſo feſten Haltpunkt hat, wie dies in Frankreich durch die Arrêts des Caſſationshofes der Fall iſt *), da iſt die Geſetzgebung ſelbſt zur Schlichtung der Controverſe aufgerufen.

Es iſt bekannt, daß bei den Römern das prätoriſche Edikt die Beſtimmung hatte, eine zeitgemäße Fortbildung der Rechtsgrundſätze zu vermitteln, und nebſtdem Lücken auszufüllen und Zweifel zu beſeitigen. Es hat dieſer Beſtimmung mit großem Erfolg entſprochen. In Erwägung deſſen wurde dies Inſtitut von Schrader **), welcher in dem Streite für und wider ein neues Geſetzbuch die Beibehaltung unſrer bisherigen Rechtsquellen empfahl, als Muſterbild aufgeſtellt, nach welchem einer-

*) Wie wohlthätig die Jurisprudence des Arrêts auch bei uns auf die Rechtspflege wirken würde, hat neuerdings Gönner (Vorrede zum Commentar über des Hypothekengeſetz) trefflich entwickelt.

**) Civiliſtiſche Abhandlungen Nro. I.

ſeits die am meiſten dringende Ab- und Nachhülfe und mit der Zeit die Fortbildung des Civilrechts einzurichten wäre. Auch Savigny *), der große ächte Hiſtoriker, hat dieſen Vorſchlag gebilligt, und erwartet von ſeiner Realiſirung bedeutende Vortheile.

Da nun die Radicalreform durch Einführung eines neuen allgemeinen Geſetzbuchs noch ſehr fern ſeyn möchte, da dieſelbe ſogar, ſo lange nichts Gemeinſames für ganz Deutſchland zu erwarten iſt, vor der Hand gar nicht gewünſcht werden kann, ſo müſſen patriotiſche Staatsmänner wenigſtens dahin ſtreben, auch der nächſten Zukunft — ſobald als möglich — diejenige weſentliche Verbeſſerung des bisherigen Zuſtandes zu bereiten, welche auf die oben angedeutete Weiſe durch zweckgemäße Novellen gewährt werden kann.

b) Man wende nicht ein, daß dergleichen partielle Reformen alles dasjenige gegen ſich hätten, was gewöhnlich ſ. g. halben Maßregeln vorgeworfen wird. Dieſer Vorwurf würde paſſend ſeyn, wenn es ſich davon handelte, einzelne Rechtsinſtitute aus ihrem Zuſammenhange mit dem Ganzen und andern Inſtituten herauszureißen, und ohne Beachtung dieſes Zuſammenhangs neu zu geſtalten, oder einzelne Derogationen aus neuen Principien vorzunehmen, ohne zugleich die Auctorität der alten Fundamentalſätze aufzuheben; er würde vielleicht nicht ohne Grund dem Beginnen gemacht werden, ein neues Hypothekenrecht in das bisherige Rechtsſyſtem einzuſchieben. Durch die Novellen, wie ich ſie beantrage, ſoll nur das bisher Unbeſtimmte beſtimmt, das Zweifelhafte durch das Gewiſſe erſetzt, und etwa noch das offenbar Schädliche, des Erſatzes gar nicht Bedürftige, abgeſchnitten werden. Was im römiſchen Rechte den veränderten Zeitverhältniſſen nicht mehr zuſagt, iſt ſchon größtentheils

*) Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft. Bd. 4.

durch urſprünglich deutſche Rechtsbildung, und durch frühere Landesgeſetze und Statuten beſeitigt, und im Uebrigen iſt hier das Bedürfniß einer Umgeſtaltung des einmal angewöhnten Rechtes nicht ſo groß, als daß dieſe nicht der bevorſtehenden allgemeinen Reform vorbehalten werden könnte. Deßhalb ſoll durch die Novellen an dem, was nach den bisherigen Quellen ausgemachten Rechtens iſt, keine Neuerung geſchehen, es ſollen keine neuen Rechtsſätze an die Stelle der bisherigen begründet werden. Gewißheit der Rechtsſätze, ohne welche eine Uebung der Gerechtigkeit nicht gedacht werden kann, ſoll da, wo ſie bis daher mangelte, herbeigeführt und dadurch ein Bedürfniß befriedigt werden, welches nicht etwa von beſondern Zeiten und Umſtänden abhängig, ſondern überall und zu jeder Zeit gleich weſentlich und dringend iſt. Der Moment, welcher in Befriedigung deſſelben verſäumt wird, geht der Gerechtigkeit ſelbſt verloren, und die Herrſchaft der Willkür und des Zufalls im Gebiete des Rechts wird durch jeden Aufſchub der Abhülfe freventlich verlängert. — Nicht von einem corrigere des jus civile certum handelt es ſich, ſondern von einem adjuvare, ohne deſſen Bethätigung in den ſchadhaften Theilen das beſtehende Recht keine Gewähr ſeiner Geltendmachung hat. Nicht ſowohl die Beſiegung legislativer Schwierigkeiten iſt in Frage, ſondern die Aufgabe beſteht hauptſächlich nur in geſetzgeberiſcher Löſung doktrineller Zweifel, in authentiſcher Auslegung. — Allerdings kann man die Ausbeſſerung des alten Gebäudes im Gegenſatze eines neuen Aufbaus eine halbe Maßregel nennen; aber ſo lange zu dem neuen Aufbau vor der Hand die Mittel fehlen, hat man, um vor Wind und Wetter ſicher zu ſeyn, nichts anders übrig, als die alte Wohnung in ihren ſchadhaften Theilen beſtmöglichſt auszubeſſern.

e) Aber, fragt man vielleicht weiter, lohnt es ſich

denn der Mühe, die Reparatur vorzunehmen, laſſen ſich davon erhebliche Vortheile verſprechen, wird der Gewinn, welchen die Gerechtigkeit davon zu hoffen hat, bedeutend ſeyn? — Ich glaube behaupten zu können, daß wohl nirgends ſonſt ein ſo geringer Aufwand ſo glänzende Früchte verſchaffen möchte.

Die Entſcheidung von hundert der gangbarſten Controverſen, die Abſchneidung einzelner Gemeinplätze der Chicane wird nur wenige Blätter füllen. Dabei dürfte das Wie? der Entſcheidung und Derogation faſt durchaus keinen Schwierigkeiten unterliegen. Es kömmt ja nicht darauf an, einflußreiche Rechtsinſtitute neu zu geſtalten: nur für einzelne Sätze ſoll die bisher mangelnde feſte Beſtimmung gefunden und nur das realiſirt werden, was eine mehrhundertjährige Erfahrung unverkennbar wünſchen läßt. Sollten auch hier und dort bei der Berathung verſchiedene Anſichten hervortreten, ſo wird doch eine Vereinigung nicht ſchwer fallen, wenn man es vor Augen behält, daß der Hauptzweck des Beginnens nur darin beſtehe, an die Stelle der bisherigen Controverſe eine feſte Norm zu ſetzen. Wohl häufig wird man von der Vorausſetzung ausgehen können, daß es gleichgültig ſey, welche von den bisher gangbaren Anſichten ſanktionnirt werde; z. B. ob Weiber zur Zeugſchaft bei Codicillen geeignet ſeyen oder nicht.

Wenn man nun annimmt, daß von den projectirten hundert Entſcheidungen jede im ganzen Königreiche jährlich nur viermal zur Anwendung komme, ſo iſt für vierhundert Fälle die bisherige Quelle des Rechtsſtreites abgeſchnitten, eben ſo viel Berufungen an die höhern Inſtanzen, welche bisher bei dem Daſeyn der Controverſe niemals fehlten, haben nun allen Grund verloren, und wird demungeachtet noch Streit und Beſchwerde frivoler Weiſe erhoben, ſo iſt die Entſcheidung, welche bisher nur nach weitläufiger, mühevoller Erwägung der

Zweifels ⸗ und Entſcheidungsgründe gefunden werden konnte, nun auf das promteſte gegeben. Die der Auktorität des Geſetzes und der Obrigkeit ſo gefährlichen Widerſprüche, in welche die Gerichte bisher durch verſchiedene Entſcheidung ganz gleicher Fälle ſo häufig verfielen, fallen alsdann weg, und die Zeit und Mühe, welche bisher auf Ausmittlung der zweifelhaften Rechtsfrage vergeudet werden mußte, kömmt nun der Gerechtigkeit da zu Gute, wo bisher die Beſchäftigung mit Controverſen die Reife der Erwägung verkümmert hatte. — Daß die obige quantitative Annahme übertrieben ſey, läßt ſich gewiß nicht behaupten. Der Praktiker gedenke nur der vielen Streitverhandlungen, welche fort und fort, z. B. durch die Controverſen bei der actio negatoria, lex Anaſtaſiana, exceptio non numeratae pecuniae, exceptio non rite adimpleti contractus u. ſ. w. veranlaßt werden, und er muß einräumen, daß die fragliche Annahme (einen Fall in den andern gerechnet) eher zu gering als zu hoch geſtellt ſey.

Iſt nun ein ſolches Reſultat zu hoffen, ſo lohnt es ſich gewiß der Mühe, den Gewinn deſſelben zu erſtreben. Dieſer Gewinn wird natürlich um ſo größer ſeyn, je vollſtändiger die vorhandenen Controverſen von der Novelle umfaßt werden. Um ſich von dem Daſeyn derſelben die erforderliche Kunde zu verſchaffen, dürfte es nicht genügen, ſich in der Literatur umzuſehen, ſondern die Stimme der Erfahrung möchte in Berichten der Gerichtshöfe unmittelbar zu vernehmen ſeyn. Auf dieſem Wege kommen vielleicht manche Streitfragen zur Kenntniß, von welchen die Bücher nichts melden, und auf der andern Seite werden nur diejenigen hervorgehoben, welche wirklich gangbar ſind.

In der nun folgenden Ausführung wird eine Reihe von Entſcheidungen mit kurzer Angabe der Motive *)

*) Bei der Entſcheidung von Controverſen, die ihren Grund in der

vorgeſchlagen. Dieſer Vorſchlag ſoll einerſeits die Menge wichtiger Streitfragen *) und die Größe des obwaltenden Mißſtandes vor Augen legen, ſodann die Leichtigkeit der Abhülfe erproben, und etwa auch eine Vorarbeit für eine künftige Realiſirung meiner patriotiſchen Wünſche ſeyn. — Ich habe mich dabei auf Controverſen des gemeinen deutſchen Privatrechts beſchränkt; in den Ländern, in denen nach dieſem gerichtet wird, iſt das Bedürfniß der Abhülfe ungleich dringender, als da, wo durch die Einführung des Baieriſchen oder Preußiſchen Landrechts ſchon früher Vieles aufgeräumt wurde. Jedoch wird auch bei dieſen Geſetzgebungen eine gleiche Nachhülfe im Einzelnen wohl erwünſcht ſeyn, und die zu erlaſſende Novelle könnte in verſchiedenen Abſchnitten ſämmtliche im Königreiche beſtehende Privatrechtsquellen umfaſſen. — Von den Controverſen im Prozeßrechte habe ich deßwegen ganz und gar abgeſehen, weil in dieſem Theile der Geſetzgebung eine Radicalreform in nicht ferner Zukunft bevorzuſtehen ſcheint.

§. 3.

A. Aus dem allgemeinen Theile **).

1) Das Verbot der Rückwirkung neuer Geſetze äußert ſich in folgenden Regeln:

a) Verträge ſind in Anſehung ihrer Na-

ſchlechten Beſchaffenheit, in den Widerſprüchen der Quellen haben, muß es häufig an einem legislativen Motive ermangeln. Hier kömmt es nur darauf an, Gewißheit des Rechtes zu bewirken: non omnium, quae constituta sunt, ratio reddi potest.

*) Vollſtändigkeit wurde in dem vorliegenden Verſuche nicht erſtrebt; mein Zweck iſt nur der, eine Probe des zu Leiſtenden vorzulegen.

**) Ich bin hier der Ordnung von Schweppe's Lehrbuche gefolgt.

tur und Folgen, insbeſondere auch ihrer Klagbarkeit, Erfüllung und Aufhebung lediglich nach den zur Zeit der Abſchließung beſtandenen Geſetzen zu beurtheilen.

Daſſelbe gilt auch von andern zwiſchen mehrern Perſonen unter der Herrſchaft des alten Geſetzes begründeten Rechtsverhältniſſen.

b) Die Vermögensverhältniſſe der Ehegatten, insbeſondere das Erbrecht unter ihnen, ſo wie auch die Vermögens- und Erbrechte der aus der Ehe gebornen Kinder richten ſich durchaus nach den Geſetzen, unter deren Herrſchaft die Ehe eingegangen wurde.

c) Wenn in einem Concurſe Gläubiger, deren Rechte nach dem frühern Geſetze begründet wurden, mit ſolchen collidiren, welche die ihrigen nach dem neuen erworben haben, ſo ſind vorerſt die Plätze ſämmtlicher Gläubiger nach dem frühern Geſetze, jedoch mit Rückſicht auf die §§. 8—11 der Einführungsverordnung vom 1. Juni 1822, zu beſtimmen. Die auf dieſe Weiſe auch den Gläubigern aus den Zeiten des neuen Geſetzes zugetheilten Plätze haben nun die Letztern unter einander in der Art wieder zu wechſeln, wie das neue Geſetz ihre Reihenfolge feſtſetzt.

Das Intereſſe dieſer Beſtimmungen über das Verbot der Rückwirkung der Geſetze ergiebt ſich für das Königreich Baiern daraus, daß a) in einem bedeutenden Theile des Untermainkreiſes ſeit 1810 verſchiedne Wechſel der Civilgeſetzgebung ſtatt fanden, ohne daß der Uebergang durch tranſitoriſche Verfügungen genugſam beſtimmt wurde; und b) die über die Einführung des neuen Hy-

pothekengeſetzes vom 1. Juni 1822 erlaſſene Verordnung den oben gedachten Colliſionsfall nicht entſcheidet.

Von den vielen über die Anwendung des fraglichen Verbots angeregten Fragen wurden nur wirklich controverſe und unter dieſen diejenigen zur Entſcheidung vorgeſchlagen, welche im praktiſchen Leben ſehr häufig vorkommen. Die Art der Entſcheidung hat überall den gemeinſamen Grund, daß es ungerecht wäre, rechtliche Handlungen nach andern Geſetzen als denen zu beurtheilen, welchen die Handelnden bei Vornahme der zu beurtheilenden Handlungen vertraut haben. — Einer beſondern Rechtfertigung möchte es bedürfen, daß ſich nicht allein die Vermögens- und Erbrechte der Ehegatten ſelbſt, ſondern auch die der aus der Ehe geborenen Kinder nach denjenigen Geſetzen richten ſollen, unter deren Herrſchaft die Ehe eingegangen wurde. Das Motiv dieſer Beſtimmung beſteht darin, daß die Rechte der Kinder im innigſten Cauſalzuſammenhange mit denen der Ehegatten ſelbſt ſtehen. Wenn die Eltern in allgemeiner Gütergemeinſchaft leben, ſo conſolidirt ſich das Vermögen nach dem Tode des Einen in den Händen des Andern, und den Kindern wird eben deßwegen ein Erbrecht jetzt noch nicht eröffnet. Leben hingegen die Eltern nach Dotalrecht, ſo iſt es wieder eine Folge hiervon, daß durch den Tod des Einen ein Erbfall für die Kinder begründet wird. — Unter dieſen Umſtänden würde es eine unauflösliche Verwirrung verurſachen, wenn die Vermögens- und Erbrechte der Kinder nach andern Geſetzen beurtheilt werden ſollten, als die der Eltern.

Die Beſtimmung über den Concurs der Gläubiger rechtfertigt ſich durch den leitenden Grundſatz, daß keiner der Gläubiger, deſſen Anſpruch unter der Herrſchaft des alten Geſetzes begründet wurde, durch den Einfluß des neuen einen ſchlechtern Platz erhalten dürfe,

als er nach den Beſtimmungen des alten erhalten haben würde *).

Uebrigens ſind die aufgeſtellten Regeln meiſtens in Geſetzgebungen anderer Staaten bereits anerkannt. Eine ausführliche Zuſammenſtellung der betreffenden Verordnungen iſt bei Bergmann (das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geſetze. Hannover 1818) zu finden. — Das Patent wegen Publikation des Preußiſchen Landrechts hat ſich in §. 13 und 14 von der in der Trennung der Vermögens- und Erbrechte der Eltern und Kinder liegenden Inconſequenz nicht ganz frei gehalten.

2) Unter den verſchiedenen, im Königreiche beſtehenden, Geſetzen kommen

a) Wenn es ſich von den Vermögens- und Erbrechten der Eheleute und der aus der Ehe gebornen Kinder handelt, diejenigen zur Anwendung, unter deren Herrſchaft die Eheleute zuerſt ihren Wohnſitz nahmen **).

b) Bei dem Concurſe der Gläubiger iſt die Liquidität der Forderung nach den Geſetzen des Orts, wo ſie entſtanden iſt, die Exiſtenz eines Pfandrechtes nach den Geſetzen der gelegenen Sache, im Uebrigen aber die Prio-

---

*) Um zu erkennen, welchen Platz jeder der ältern in der Geſammtheit der Gläubiger nach dem alten Geſetze erhalten haben würde, müſſen vorerſt alle Gläubiger nach dieſem locirt werden. Allein dabei kann es ſein Bewenden nicht haben. Denn die Gläubiger aus den Zeiten des neuen Geſetzes können unter ſich nur die Rangordnung des letztern befolgen; daher die zweite Regel, daß die jüngern Gläubiger die ihnen zufolge der erſten Regel zugetheilten Plätze in der Art zu wechſeln haben, wie das neue Geſetz ihre Reihenfolge beſtimmt.

**) Vergl. dagegen Tittmann de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum juribus conjugum. Halae 1822.

rität nach den Geſetzen des Orts zu beurthei-
len, wo der Concurs verhandelt wird.

c) Die Form letzter Willen beſtimmt ſich nach den Geſetzen des Orts, wo ſie errichtet wurden, im Uebrigen richtet ſich ſowohl die teſtamentariſche — als Inteſtaterbfolge, insbeſondere auch das Notherbrecht nach den Geſetzen des Orts, wo der Erblaſſer zur Zeit des Todes ſeinen Wohnſitz hatte. Ausgenommen hiervon iſt die Succeſſion in Lehen- und Stammgüter, über welche die Geſetze der gelegnen Sache entſcheiden.

Die Lehre von der Colliſion der Statute iſt im Königreiche Baiern bei dem Daſeyn ſo vieler Geſetzgebungen ſehr practiſch. Die vorgeſchlagenen Entſcheidungen betreffen die intereſſanteſten Streitfragen aus dieſer Materie. Die erſte derſelben rechtfertigt ſich aus denſelben Gründen, welche die correſpondirende unter Nr. 1, 6 — motiviren. — Die Beſtimmung, daß ſich die Priorität der Gläubiger nach den Geſetzen des Orts, wo der Concurs verhandelt wird, zu richten habe, iſt zwar nur ein Nothbehelf: allein eine rationelle Schlichtung der Colliſion iſt hier gar nicht möglich. — Die Beſtimmung unter c gieng aus folgender Erwägung hervor: Es wäre ungereimt, die Succeſſion in die Rechtseinheit (universitas) des nachgelaſſenen Vermögens nach verſchiedenen von einander abweichenden Geſetzen beſtimmen zu laſſen; ſoll aber nur ein Geſetz entſcheiden, ſo kann es kein anderes, als das im Wohnorte des Erblaſſers geltende ſeyn. „Denn alle *) Rechts„verhältniſſe, die das geſammte Vermögen einer Perſon „als rechtliche Einheit betreffen, müſſen ſich immer nach

*) S. Martin Rechtsgutachten und Entſcheidungen des Heidelberger Spruchcollegium Nr. II §. 10.

„den Geſetzen richten, unter welchen die Perſon ſelbſt „ſteht, ſowohl weil daſſelbe nur durch die Beziehung auf „die Perſon des Eigners zur Sachen-Einheit „wird, und daher mit dieſer in der genaueſten Ver„knüpfung ſteht: als auch weil es möglicher Weiſe „keine andern Geſetze geben kann, die für das geſammte „Vermögen durchgreifende Gültigkeit hätten." — Dieſe Grundſätze verhindern es nun zwar nicht, die Frage, ob ein letzter Willen der äußern Form nach gültig ſey, nach dem Geſetze des Orts der Errichtung zu beantworten, aber über die Begründung von Rechten aus dem auswärts gültig errichteten letzten Willen entſcheidet lediglich das Geſetz des Wohnorts. Dahin gehören insbeſondere die Fragen: ob hier überhaupt eine teſtamentariſche Verfügung zuläſſig, nach welchen Regeln die Delation aus dem Teſtamente zu beurtheilen, ob z. B. eine Concurrenz der Inteſtaterbfolge möglich, inwiefern das Anwachſungsrecht wirkſam, und was über die Adquiſition Rechtens ſey, u. ſ. w.?

Ueber das bei der Inteſtaterbfolge entſcheidende Statut beſtimmt das Baieriſche Landrecht vom Jahre 1756 in Th. III. Kap. 12. §. 1. Nr. 6:

„Iſt in Entſcheidung ſtreitiger Erbſchafts-Fälle ab „Intestato neimals auf die statuta loci, wo der Erblaſ„ſer ſtirbt, ſondern wo die Erbſchaft liegt, oder ſoviel „die bloßen Perſonalſprüche belangt, auf die statuta „loci, wo der Defunctus ſein Domicilium gehabt hat, „zu ſehen."

Daß eine ſolche Beſtimmung mit der Natur der Erbfolge, als einer successio universalis, in offnem Widerſpruche ſtehe, wurde bereits oben bemerkt; und Niemand wird verkennen, daß dieſelbe, beſonders ſo viel die Berichtigung von Schulden und Vermächtniſſen betrifft, überall große Verwirrung erzeugen müſſe.

Das Notherbrecht, als qualificirtes Inteſtaterbrecht,

beſtimmt ſich wie dieſes, einzig nach den Geſetzen des Wohnorts.

3) Die Erbfolge in das Vermögen der Verſchollenen wird zu der Zeit, da von deren Geburt 70 Jahre abgelaufen ſind, denjenigen deferirt, welche itzt die nächſten Inteſtaterben ſind.

Die Rechtslehrer ſtreiten darüber, ob in Rückſicht der Frage, wem die Delation der Inteſtaterbfolge in das Vermögen der Verſchollenen geſchehe, auf die Zeit, da der Erblaſſer ſich entfernte, oder auf die, da ſein Vermögen unter Curatel geſetzt wurde, oder auf die, da die Vermuthung ſeines Todes eintritt, oder endlich auf die zu ſehen ſey, da die gerichtliche Todterklärung erfolgt. — Da geſetzliche Vermuthungen an die Stelle der im Zweifel ſchwebenden Wirklichkeit treten, ſo muß die der Regel nach im Augenblicke des wirklichen Todes eintretende Delation bei Verſchollenen im Augenblicke des vermutheten erfolgen *).

Das Preußiſche Landrecht (Th. II. Tit. XVIII §. 835) und das Oeſterreichiſche bürgerliche Geſetzbuch (§. 278) laſſen es hier auf den Tag ankommen, an welchem das auf Todeserklärung ergangene Urtheil rechtskräftig wird. Allein durch die richterliche Todterklärung wird die Vermuthung des Todes nicht erſt begründet; ſondern nur ausgeſprochen, daß ſie bereits eingetreten ſey. Durch dieſen Ausſpruch iſt daher nicht die Delation bedingt, wohl aber die Adquiſition. In dem bezeichneten Augenblicke werden die Verwandten des Verſchollenen, welche itzt den Geſetzen nach die nächſten ſind, zur Erbfolge berufen, ſie erwerben ſie aber erſt mittelſt des Dekretes, welches, indem es den Tod

*) Vgl. Kind quaest. for. ed. II. Tom. I. c. 64. —

des Verſchollenen erklärt, ihnen das Erbrecht auf deſſen hinterlaſſenes Vermögen zuſpricht. Decreto bonorum possessionem accipiunt.

Beide erwähnte Geſetzgebungen ſetzen hinzu, die rechtskräftige Todterklärung ſchließe den Beweis nicht aus, daß der Abweſende früher oder ſpäter geſtorben, oder daß er noch am Leben ſey; ſo daß, wenn dieſer Beweis zu Stande kommt, derjenige, welcher auf den Grund der gerichtlichen Todterklärung das Vermögen in Beſitz genommen, nun wie ein andrer redlicher Beſitzer zu behandeln ſey. — Dies iſt eine nothwendige Folge des Grundſatzes, daß die Vermuthung der Wahrheit weiche, und daher zweifelloſen Rechtens.

4) Die Frage, ob eine Geldſchuld mit einer Quantität gewiſſer Münzſorten abgetragen werden könne, entſcheidet ſich nach dem Geprägswerthe derſelben, und, wenn zur Zeit der Zahlung ein abweichender Curs beſteht, nach dieſem.

Der Grund dieſer Entſcheidung liegt darin, daß es das Gepräge oder der abweichende Curs ſind, welche das Verhältniß der einzelnen Münzen zu der durch ſie realiſirten Idee des allgemeinen Tauſchmittels beſtimmen. Nicht das gemünzte Metall an ſich, nach ſeinem innern Gehalte, iſt Gegenſtand der Geldſchuld; ſondern bei der Erfüllung kömmt daſſelbe nur in ſofern vor, als es das allgemeine Tauſchmittel repräſentirt. *)

Abweichend ſind die in eine detaillirte Caſuiſtik eingehenden und an verſchiednen Orten vorgetragnen Grundſätze des Preuſſiſchen Landrechts und eben ſo auch die der Oeſtreichiſchen Geſetzgebung (§. 988). Dagegen ſtimmt das Franzöſiſche Civilgeſetzbuch mit meinem Vorſchlage vollkommen überein. Daſſelbe verordnet Art. 1895.

---

*) S. Averanii Interpret. jur. lib. III cap. 10. —

„L'obligation, qui resulte d'un prêt en argent, „n'est toujours que de la somme numéri- „que enoncée au contrat. S'il y a eu augmen- „tation ou diminution d'espèces avant l'epoque „du paiement, le debiteur doit rendre la som- „me numérique prêtée, et ne doit rendre „que cette somme dans les espéces ayant cours „au moment du paiement."

5) Der Rechtsirrthum kömmt nicht allein dann in Betracht, wenn der Irrende nur behalten will, was noch ſein iſt, ſondern auch zum Zwecke der Wiedererlangung des ſchon Verlornen.

Mühlenbruch *) hat neuerdings gegen die gemeine Meinung zu zeigen geſucht, daß dieſer Satz ſchon im römiſchen Rechte begründet ſey. — Aus dieſem Geſichtspunkte möchten ſeine Gründe wohl nicht genügen; — aber der Geſetzgeber, den keine Const. 10 de juris et facti ignorantia bindet, kann allerdings gelten laſſen, was Mühlenbruch treffend ſagt: „Was Jemanden rechtlich nicht gebührt, das darf er weder erhalten noch behalten, wenn nicht derjenige, welchem dadurch ein Verluſt entſtehen würde, durchaus freiwillig — alſo nicht durch Irrthum verleitet — darauf verzichtet. Es widerſtreitet dem Rechtsgefühle, daß ein unrechtlicher Erwerb blos darum geſchützt werden müſſe, weil der Verlierende ſich in einem Rechtsirrthume befand." — In Gemäßheit deſſen laſſen ſowohl das Pr. L. R. Th. I. Tit. XVI. §. 178 ff. als der code civil (Art. 1376) und das O. b. Gſtzbch. §. 1431 die condictio indebiti auch im Falle des Rechtsirrthums zu. Der Codex Bavaricus civilis ſpricht ſich (IV, 13 §. 5) über dieſe Streitfrage nicht deutlich aus.

---

*) Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. II. nro. XXXV.

6) Bei dem Eintritte oder Wegfallen einer Bedingung verbleiben die Früchte der Zwiſchenzeit demjenigen, der zufolge des Rechtsgeſchäfts während des Schwebens der Bedingung den Beſitz der Sache hatte. Wenn jedoch bei zweiſeitigen Verbindlichkeiten der eine Theil den Genuß der Gegenſtände der beiderſeitigen Leiſtungen allein hatte, ſo muß er von der Sache, die er nun herauszugeben hat, zugleich auch Früchte oder Zinſen vergüten *).

Nach dem Eintritte der auflöſenden Bedingung kann der Rückerwerber die Sache nicht blos von dem Empfänger, ſondern auch von jedem dritten Beſitzer zurückfordern **).

Dieſe beiden Regeln ſind nur alsdann zur Anwendung zu bringen, wenn eine abweichende Willenserklärung weder ausdrücklich vorliegt, noch aus andern Umſtänden oder Aeußerungen erkannt werden kann.

Die Streitfragen aus der Lehre von den Bedingungen, deren Entſcheidung hier verſucht wird, haben in den erwähnten neuern Geſetzbüchern eine beſtimmte Erledigung nicht erhalten. Diejenige, welche ich vorſchlage, begründet ſich aus der Natur der Sache und aus dem, was man als die Abſicht der Partheyen gewöhnlich vermuthen kann. —

7) Wird gegen die Klage aus einem Rechtsgeſchäfte der Einwand gemacht, es beziehe ſich auf einen andern Gegenſtand, habe einen größern oder kleinern Umfang, ſey bedingt oder mit einer Zeitbeſtimmung ge-

*) Vergl. Thibaut civ. Abhandlungen. S. 362—6.

**) S. Thibaut a. a. O. S. 366—78.

ſchloſſen, ſo iſt es immer Sache des Klägers, einen ſolchen Inhalt des fraglichen Geſchäftes nachzuweiſen, wie er ihn in der Klage behauptet hat.

Die Beweislaſt trifft jedoch den Beklagten, wenn ſich der gemachte Einwand nach ſeiner eignen Angabe auf einen ſpätern Zuſatz oder Nachtrag des Rechtsgeſchäftes gründen ſoll.

Der Beklagte, welcher ſich auf die oben erwähnte Art vertheidigt, leugnet das Daſeyn ſolcher Thatſachen, welche das vom Kläger in Anſpruch genommene Recht begründen ſollen; er ſtellt in Abrede, daß das libellirte Geſchäft einen ſolchen Inhalt gehabt habe, wie es erforderlich wäre, um das Begehren des Klägers zu rechtfertigen. Hieraus motivirt ſich die Entſcheidung der Streitfrage, welche in ſolchen Fällen über die Beweislaſt gewöhnlich ſtatt findet. — Bei der Führung des hiernach aufzulegenden Beweiſes iſt es aber nicht nothwendig, das Nichtſeyn der vom Beklagten behaupteten Abweichung poſitiv und beſonders darzuthun: es genügt vielmehr, wenn der Kläger beweißt, die Sache ſey ſo vorgegangen, wie er ſie in der Klagſchrift erzählt hat. Wenn nun der Beklagte die Bewahrheitung der von ihm angegebenen Abweichungen verſucht, ſo geſchieht dies auf dem Wege des direkten Gegenbeweiſes.

Daß ſich die Sache anders geſtalte, wenn der Beklagte den behaupteten Zuſatz oder Nachtrag zu einer wahren Einrede benutzt, verſteht ſich von ſelbſt.

8) Für die Zurechnung von Rechtsverletzungen gelten folgende Vorſchriften:

a) Zum groben, unwiſſentlichen Verſchulden wird es zugerechnet:

α) Wenn der Handelnde wußte, daß ſein Thun oder Nichtthun eine widerrechtliche

Schadenszufügung zur Folge haben könne, und, ohne jedoch dies Reſultat zu wollen, der offenbaren Gefahr ungeachtet, doch nicht anders handelte.

β) Wenn der Handelnde die drohende Gefahr oder die Mittel, ſie abzuwenden, nicht wirklich kannte, aber dieſe Unkenntniß nicht als Entſchuldigungsgrund anführen kann, ohne ſich als einen über alle Maßen leichtſinnigen, unachtſamen, frivolen Menſchen darzuſtellen.

γ) Wenn den Handelnden der Vorwurf trifft, daß er die fremde Angelegenheit nachläſſiger beſorgt habe, als er bei ſeinen eigenen zu thun pflege.

b) Zum geringen, unwiſſentlichen Verſchulden wird es zugerechnet, wenn die Rechtsverletzung ihre Veranlaſſung in dem Mangel ſolcher Thätigkeit, Umſicht und Sorgfalt hatte, wie ſie tüchtigen Leuten eigen iſt, die über ihre Angelegenheiten mit voller Aufmerkſamkeit und ernſtem Fleiße zu wachen pflegen, ſich in kein Geſchäft oder Unternehmen einlaſſen, dem ſie nicht gewachſen ſind, und es bei Allem, was ſie beginnen, an dem erforderlichen Grade von Thätigkeit und Genauigkeit nicht fehlen laſſen.

Eine Rechtsverletzung, welche nur durch einen noch höheren Grad von Thätigkeit und Umſicht hätte vermieden werden können, wird nicht als verſchuldet zugerechnet.

c) Beſteht eine Beſchädigung in der Nicht — oder unvollkommenen Leiſtung desjenigen, was aus einem Forderungsverhältniſſe geſchuldet war, ſo hat nicht der den Erſatz

fordernde Beſchädigte zu beweiſen, daß den Beklagten bei der fraglichen Nichterfüllung ein Verſchulden treffe, ſondern dieſer, wenn er den Schadenserſatz abwenden will, muß ſeinerſeits darthun, daß keine Zurechnung zum Verſchulden ſtatt finden könne.

Die praktiſchen Schwierigkeiten in der Lehre von der Culpa hatten bisher ihren hauptſächlichen Grund in der bekannten Controverſe über die Zahl und Bedeutung der Grade, und ſodann in der zu abſtracten und unbeſtimmten Angabe der charakteriſtiſchen Merkmale, durch welche ſich die verſchiedenen Grade gegenſeitig begränzen. Dieſer letztere Mangel tritt recht ſprechend in den Beſtimmungen hervor, in welchen das Preuſſiſche Landrecht die römiſche Theorie nach der Anſicht der Trichotomiſten wiedergegeben hat. Daſſelbe beſtimmt Th. I Tit. III §§. 18, 20, 22:

„Ein Verſehen, welches bei gewöhnlichen Fähigkei„ten ohne Anſtrengung der Aufmerkſamkeit vermieden „werden konnte, heißt ein grobes Verſehen."

„Ein mäßiges Verſehen heißt dasjenige, welches „bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerkſamkeit „vermieden werden konnte."

„Ein geringes Verſehen iſt dasjenige, welches „nur bei vorzüglichen Fähigkeiten oder bei einer be„ſondern Kenntniß der Sache oder des Geſchäftes, „oder durch eine ungewöhnliche Anſtrengung der Auf„merkſamkeit vermieden werden konnte."

Worin ſoll hier, muß man vor Allem fragen, die Gränzbeſtimmung zwiſchen dem groben und mäßigen Verſehen liegen? — Sie läßt ſich gar nicht auffinden; denn jede Anſtrengung der Aufmerkſamkeit geht über den gewöhnlichen Grad derſelben hinaus, ſo daß das Nichtſeyn der Anſtrengung und der gewöhnliche Grad der Aufmerkſamkeit ganz zuſammenfallen. — Das ge-

ringe Verſehen ſoll nur bei vorzüglichen Fähigkeiten vermieden werden können? — Iſt es nicht verkehrt, für alltägliche Lebensverhältniſſe die Entwicklung vorzüglicher Fähigkeiten zu verlangen, und an welchen Merkmalen ſoll der Richter überall erkennen, daß hier vorzügliche Fähigkeiten zur Vermeidung des Verſehens erforderlich ſeyen? — Das Verſehen aus Mangel an beſondrer Kenntniß der Sache oder des Geſchäftes nur als den geringſten Grad zu bezeichnen und gewiſſermaßen nur ausnahmsweiſe zuzurechnen, möchte gleichfalls höchſt unzweckmäßig ſeyn; denn man kann wohl ganz allgemein verlangen, daß Jedermann dem Geſchäfte, dem er ſich unterzieht, vollkommen gewachſen ſey.

Ungleich beſſer und anſchaulicher ſind die Eigenthümlichkeiten der drei Grade vom Baieriſchen Landrechte ſkizzirt. Daſſelbe verordnet IV, 1 §. 20 Nr. 3: „Beruhet zwar Gradus culpae lediglich auf Beſchaffenheit „der ſchuldhaften Perſon, dann andrer Umſtände und „deren richterlichen Ermäßigung. Gemeinſchaftlich aber „verſteht man unter der erſten die Verabſäumung der „allgemeinen Sorgfalt, welche faſt Jeder mit fünf Sinnen begabter Menſch nicht bei Seite ſetzt; unter der „zweiten die Außerachtlaſſung jener Sorgfalt, welche „ein kluger und fleißiger Menſch in Obacht nimmt; unter der dritten die Vernachläſſigung deſſen, was nur „von den klügſten und aufmerkſamſten Leuten beobachtet „zu werden pflegt.“ — Zweckgemäß iſt im Eingange dieſer Vorſchrift der Richter angewieſen, überall auf die beſonderen Umſtände des concreten Falles geeignete Rückſicht zu nehmen.

In den beantragten Entſcheidungen wurde der Verſuch gemacht, die zwei Grade des unwiſſentlichen Verſchuldens, wie ſie heutzutage in der Dogmatik des römiſchen Rechtes faſt durchaus angenommen ſind, nach lebendigen, charakteriſtiſchen Zügen in der Art feſtzuſtel-

len und abzumarken, daß der Richter ſich eine deutliche Vorſtellung von den entſcheidenden Momenten machen kann. Für das grobe Verſchulden ſind die einzelnen Fälle ſpeciell angegeben *), und die Zeichnung des ſorgſamen tüchtigen Hausvaters, welcher auch das geringe Verſchulden vermeidet, ſcheint mir ſprechend genug zu ſeyn, um in allen vorkommenden Fällen zum praktiſchen Muſterbilde dienen zu können. **) — Mehr als die Erreichung dieſes Muſterbildes kann auch von demjenigen nicht verlangt werden, der nach der Theorie der ſ. g. Trichotomiſten für die ſ. g. culpa levissima zu haften hat ***).

Die Entſcheidung der in der Praxis ſehr beſtrittenen Frage über die Beweislaſt ſtimmt mit den römiſchen Vorſchriften in fr. 1 §. 13 de mag. conven. nnd fr. 11 de probat. überein; und findet ſich auch im code civil (Art. 1147) und im O. b. G. (§. 1298).

9) Die eidliche Bekräftigung kann in keinem Falle dazu dienen, ein ſonſt ungültiges Geſchäft wirkſam zu machen.

Durch die ſprechende Natur der Sache iſt wohl hier eine weitere Motivirung überflüſſig gemacht.

10) Durch die außergerichtlich, z. B. durch Zahlung oder Conpenſation erfolgende Aufhebung der Hauptforderung, geht das Recht, die Nebenforderungen in Betreff von Zinſen, Früchten, Schäden nnd Koſten ferner geltend zu machen, im Allgemeinen nicht verloren.

Bei den Römern war das Gegentheil hiervon ausgemachten Rechtens, und der richtigen Meinung nach iſt

*) Vgl. Haſſe, die Culpa des römiſchen Rechts §. 17 — 22. —

**) Vgl. Haſſe a. a. O. §. 24.

***) S. Haſſe a. a. O. §. 15.

die römiſche Vorſchrift auch heutzutage noch praktiſch *). Allein wenn dieſelbe gleich nichts weiter als eine conſequente Folgerung aus der acceſſoriſchen Natur der fraglichen Gegenſtände zu ſeyn ſcheint, ſo möchte doch aus dem legislatoriſchen Standpunkte der ſprechenden Billigkeit der Vorzug vor der ſtrengen Conſequenz einzuräumen ſeyn.

Eine Erlöſchung der Nebenforderungen durch die Aufhebung der Hauptforderung wird nur dann der Lage der Sache entſprechen, wenn aus den beſondern Umſtänden des concreten Falles auf einen Verzicht des Berechtigten geſchloſſen werden kann.

11) Die Provocationen ſind nur in Ermanglung andrer Rechtsbehelfe und auch dann nur in den hergebrachten Fällen zuläſſig.

Der Grundſatz, daß Niemand zur Verfolgung ſeines Rechtes gezwungen werden kann, geht nothwendig aus der Natur des Rechtes hervor. Demzufolge bilden die hergebrachten Provocationsfälle ein jus singulare, deſſen Umfang im Zweifel zu beſchränken iſt. Die bloße Bequemlichkeit des Beklagten iſt zur Erweiterung dieſes Umfanges kein hinreichender Grund **).

12) Bei der Verjährung der Klagen kömmt es nicht darauf an, ob der Beklagte ſich während der Verjährungszeit in gutem Glauben befand.

Das Weſen der Extinctivverjährung iſt die Nichtanſtellung binnen der geſetzlichen Friſt. Die Verjährung entſpringt hier aus einer Säumniß des Klägers, nur ſeine Perſon iſt es, welche Anlaß zur Verjährung giebt, und ſie durch Nichtthun herbeiführt. Der Beklagte iſt dabei in einem rein paſſiven Verhältniſſe; er thut

*) S. Glück im Commentar §. 331.

**) Vgl. v. Berg jur. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. 4 Nro. 4. — S. dagegen Gönner Handbuch. Bd. 4 Nro. 73 §. 1—7.

weder etwas für noch gegen die Verjährung: er wird nur nicht belangt. Durch den wirklichen Eintritt der Verjährung erwirbt er eigentlich nicht, er wird nur befreit von den Anſprüchen eines Andern, deren Verfolgung ihm bisher gedroht hat. — Dem Allem zufolge kann es der Natur der Sache nach nicht darauf ankommen, wie der Beklagte ſein Verhältniß zur Sache bisher gedacht hatte *).

13) Die Ausnahme der vierzigjährigen Verjährung gilt weder für die Klagen des Fiscus und des Regenten, noch für die der Städte**).

Ausnahmsgeſetze ſind im Zweifel nicht zu begünſtigen; daher dieſe Entſcheidung.

14) In Folge der Verjährung von Klagen aus Obligationsverhältniſſen hören auch die übrigen Wirkungen der Obligation auf ***).

Es iſt der Zweck der Verjährung, die mißliche Wiederanregung von Rechtsverhältniſſen zu verhindern, deren in früher Vergangenheit wurzelndes Daſeyn ſeit ſehr langer Zeit unberückſichtigt geblieben war. Dieſer Zweck würde nur zur Hälfte erreicht werden, wenn es angienge, den Grund der verjährten Klage nachher noch zu Einreden, insbeſondere zu Compenſationen und Retentionen zu benutzen. — Nur eine Folgerung von dieſem Satze iſt es, daß die Regel der Unverjährbarkeit der Einreden bei denjenigen eine Ausnahme erleidet, deren factiſchen Grund man auch zu einer Klage hätte gebrauchen können.

*) S. Wernher obs. for. T. I P. I obs. 183.

**) Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Bd. 1 §. 45.

***) Vgl. Denſelben a. a. O. §. 50.

15) Der mit Fehlern behaftete Beſitz einer Sache kann zum Retentionsrechte nicht benutzt werden.

Wer eine Sache durch heimliche oder gewaltſame Beſitzergreifung oder durch den Mißbrauch eines Precarium hat, gründet ſeinen Beſitz auf ein Delikt. Offenbar iſt es unzuläſſig, einen ſolchen Zuſtand als faktiſchen Grund eines Rechtes gelten zu laſſen*). — Einverſtanden ſind das Baierische (IV, 15 §. 2 Nr. 2) und das Preußiſche L.R. (Thl. I. Tit. XX. §. 537) und auch der code civil. Art. 1293. Nr. 1.

16) Der Zeitablauf iſt weder ein Grund zur Entſtehung oder Erhöhung, noch zur Aufhebung oder Verminderung der Zinsverbindlichkeit.

Die langjährige Zahlung oder Nichtzahlung von Zinſen kann wohl unter Umſtänden die Vermuthung begründen, daß dies den urſprünglichen Vertragsbedingniſſen oder ſpäterm Einverſtändniſſe der Intereſſenten gemäß ſey; aber keineswegs bewirken, daß eine Verbindlichkeit jetzt erſt entſtehe, oder eine früher entſtandene jetzt aufhöre **).

17) Durch Vertrag können an Zinſen, wenn die Hauptforderung durch ein Pfandrecht geſichert iſt, fünf, ſonſt aber ſechs vom Hundert auf ein Jahr bedungen werden.

Wenn Jemand Zinſen aus einem andern Grunde, als ausdrücklicher Bedingung, kraft des Geſetzes zu fordern hat, ſo ſind fünf vom Hundert, und zwiſchen den von den Be-

---

*) Vgl. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts ed. IV, §. 170.

**) Glück im Commentar §. 1130. — Gesterding Irrthümer der Jur. I.

hörden authoriſirten Handelsleuten und Fabrikanten bei einer aus einem eigentlichen Handlungsgeſchäfte entſprungenen Schuld ſechs vom Hundert auf das Jahr zu entrichten.

Dieſe Beſtimmungen, bei welchen das Sachgemäße der Unterſcheidungen nicht zu verkennen iſt, ſind dem Oeſterreichiſchen bürgerl. Geſetzbuche §§. 994—5 nachgebildet.

18) Zweijährige oder noch ältere Zinſenrückſtände können mittelſt Uebereinkommens als ein neues Capital verſchrieben werden. (O. b. G. §. 998.)

Durch zwanzigjährigen Zinſenrückſtand wird der Zinſenlauf für die Zukunft nicht gehemmt. (B. L. R. II, 3, §. 21, Nr. 10.)

19) Soll das Interuſurium als Zahlung angerechnet werden, ſo iſt dabei die Hoffmanniſche Berechnung zu Grunde zu legen.

Die volle Nutzung eines Capitals, wie ſie durch die Leibnitziſche Berechnung ausgemittelt wird, geht der Regel nach über dasjenige hinaus, was auch der ſorgſamſte Hausvater als den höchſten Ertrag erzielt. — Man muß nun in der Geſetzgebung das Leben nehmen, wie es iſt, nicht wie es ſeyn könnte oder ſollte; und dieſem entſpricht es, das Interuſurium nicht als vollſtändige Zinseszinſennutzung, ſondern nur als einfache Zinſennutzung anzuſehen *).

20) Wenn eine Forderung auf vollen Schadenserſatz begründet iſt, ſo können auf die Rechnung des entgehenden Gewinnes nur ſolche Poſten geſetzt werden, deren Gewinn de:: Beſchädigten ohne Dazwiſchenkunft des

*) Vgl. Schrader civil. Abh. Nr. 11. S. 188.

Bayerische Staatsbibliothek München

ſtörenden Ereigniſſes nicht blos möglich, ſondern ganz ſicher war. Uebrigens muß der Verpflichtete auch denjenigen Schaden erſetzen, welcher nur eine zufällige Folge der widerrechtlichen Handlung oder Unterlaſſung war.

Die Beſchränkung des Intereſſe auf den doppelten Werth der Hauptſache findet nicht mehr ſtatt.

Wenn ich das Intereſſe fordern kann, ſo muß mir Alles vergütet werden, was mir durch die Widerrechtlichkeit des Andern entgehet. Aber nur dann kann ich ſagen, daß mir etwas entgehe, wenn ich mit Beſtimmtheit behaupten und vollkommen beweiſen kann, daß ich es ohne Dazwiſchenkunft des ſtörenden Ereigniſſes ſicher bekommen hätte. — Der Umſtand, daß der zugegangene Schaden nur eine zufällige Folge der widerrechtlichen Handlung war, kann deßwegen nicht zur Entſchuldigung gereichen, weil ja der Zufall ohne die vorausgegangene Widerrechtlichkeit nicht hätte wirken können.

Die materielle Ungerechtigkeit der Const. un. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur, hat eine dermaßen beſchränkende Auslegung derſelben veranlaßt, daß das Gebiet ihrer Wirkſamkeit für die Praxis höchſt unbedeutend iſt. — Die Entſcheidung der beſtehenden Controverſen wird überflüſſig, wenn die Geſetzgebung noch einen Schritt weiter geht, als die Doktrin gehen konnte, und im Sinne der Doktrin die ganze Verordnung aufhebt.

Das Pr. L.R. bringt den Umfang des zu leiſtenden Schadenserſatzes in Verbindung mit den verſchiedenen Graden des Verſchuldens, und läßt eine Verbindlichkeit zum Erſatz des ſ. g. mittelbaren Schadens nicht bei dem geringen, ſondern nur bei dem groben und mäßigen Verſchulden eintreten. Allein wenn auch der Grad

des Verſchuldens aus dem Geſichtspunkte der Beſtrafung von Einfluß ſeyn muß, ſo iſt doch nicht einzuſehen, wie ſich hiernach auch das Intereſſe des Beſchädigten und der demſelben gebührende Schadenserſatz modificiren ſoll. In Bezug auf dieſen kann immer nur das die Frage ſeyn, iſt der zugegangene Schade verſchuldet oder nicht? — Muß man die Schuld überhaupt anerkennen, ſo iſt es eine unbedingte Forderung der Vernunft, den ſchuldvollen Urheber zum Erſatze verbindlich zu machen. — Auch der code civil hat den Umfang des Schadenserſatzes wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit beim dolus weiter geſteckt, als bei dem unwiſſentlichen Verſchulden (Art. 1150), und läßt überall den Schadenserſatz ſowohl in Anſehung des vom Berechtigten erlittenen Verluſtes als des ihm entzogenen Gewinnes nur das enthalten, was unmittelbare Folge der widerrechtlichen Handlung oder Unterlaſſung iſt. — Gleichmäßig verordnet auch das O. b. G. (§. 1324), daß im Falle eines aus böſer Abſicht oder aus einer auffallenden Sorgloſigkeit verurſachten Schadens der Beſchädigte volle Genugthuung; in den übrigen Fällen aber nur einfache Schadloshaltung zu fordern berechtigt ſey.

Keine der drei erwähnten Geſetzgebungen kennt die Beſchränkung auf den doppelten Werth der Hauptſache.

§. 4.

Dingliches Recht.

21) Das Eigenthum geht durch Tradition über, wenn gleich das vorausgegangene Rechtsgeſchäft ſelbſt, oder das Borgen dabei durch Betrug veranlaßt wurde. Der Betrogene kann die übergebene Sache von einem dritten Beſitzer nur dann zurückfordern, wenn er beweißt, daß derſelbe bei Erwer-

bung der Sache Wiſſenſchaft von dem geſpielten Betruge gehabt habe *).

Allerdings können diejenigen, welche durch geſpielten Betrug Schaden leiden ſollen, von den Geſetzen Hülfe verlangen; aber der Schutz der Geſetze gebührt eben ſo gut dem dritten redlichen Beſitzer. Könnte jeder rechtliche Erwerb wegen eines bei einer frühern Veräußerung der Sache geſpielten Betrugs angefochten werden, ſo würde dies ten dem Verkehrsleben nothwendigen Credit weſentlich beeinträchtigen. Daher die vorſtehende Entſcheidung.

Die neuern Geſetzgebungen haben dieſen Fall nicht beſonders berührt; jedoch iſt ihnen die Begünſtigung des redlichen Beſitzes eigen. — Vgl. Pr. L. R. Th. I. Tit. XV. §. 24 ff. — O. b. Gſtzbch. §. 367.

22) Auch der Regent und der Fiskus können an fremden Sachen dingliche Rechte nicht übertragen.

Der Fortbeſtand des in §. 14 J. de usuc. und Const. 3 de quadr. praesc. begründeten Vorrechts iſt mit den Grundſätzen unſrer Verfaſſungsurkunde nicht vereinbar.

23) a) Die Sachen der Städte ſind der ordentlichen Erſitzung nicht entzogen **). (Vgl. v. Nr. 13.)

b) Auf einen blos geglaubten Titel kann die ordentliche Erſitzung nicht gebaut werden ***).

c) Gegenwart und Abweſenheit beſtimmen ſich bei der Erſitzung darnach, ob der Verjährende und der Eigenthümer ihren Wohnort in demſelben Kreiſe haben oder nicht.

---

*) Martin Rechtsgutachten. S. 305.

**) Vgl. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 42.

***) S. Hugo Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. Ed. V. S. 66—7.

d) **Durch ein poſſeſſoriſches Rechtsmittel wird die Erſitzung nicht unterbrochen** *).

Zu b.) Die Anſicht mehrerer römiſchen Juriſten, daß ein bloß geglaubter Titel zur ordentlichen Erſitzung genüge, iſt ſchon deßwegen verwerflich, weil die Frage, ob ein entſchuldbarer Irrthum über die Exiſtenz des Titels vorhanden geweſen ſey, in jedem gegebenen Falle einen ſchwer zu löſenden Streitpunkt abgeben wird.

Zu d) Bei der Erſitzung handelt es ſich von Begründung des Rechtes, zu beſitzen. Demzufolge ſcheint die Erhebung des Proceſſes, welcher die Erörterung der Rechtsfrage nicht zum Zwecke hat, keinen Einfluß auf die conditio usucapiendi des Beklagten haben zu können. — Es verſteht ſich jedoch von ſelbſt, daß die Unterbrechung erfolgt, wenn der poſſeſſoriſche Kläger obſiegt.

Die entgegengeſetzte Entſcheidung der Controverſe findet ſich im Pr. L. R. Th. I Tit. IX §. 609.

24) **Wenn bei der Eigenthumsklage der Kläger ſein Recht auf eine ihm geſchehene Uebertragung ſtützt; ſo muß er darthun, daß die Sache durch ein rechtsgültiges Geſchäft auf ihn gekommen ſey; — worauf alsdann der Beklagte den Gegenbeweis führen kann, daß die Uebertragung von einem Nichteigenthümer geſchehen ſey.**

Der Beweis des Eigenthumserwerbs durch Tradition wäre in den meiſten Fällen unmöglich, wenn dem Beweisführer obläge, das Eigenthum ſeines Auctors darzuthun. Z. B. der Kläger hat die Sache erkauft. Er ſoll nun das Eigenthum ſeines Verkäufers beweiſen. Dieſem war ſie ebenfalls zufolge eines Kaufgeſchäftes übergeben worden. Beweißt der Kläger dies, ſo hat er doch den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht; denn ſeinem

*) Vgl. Schweppe Röm. Pr. R. Ed. III. §. 254.

Vorgänger ſteht wie ihm der Zweifel des fr. 20 de adqu. rer. dom. *) immer noch entgegen. Was ſeinem Auctor im Wege ſteht, würde auch gegen den Auctor des Auctors eingewendet werden können, und ſo des Beweiſes gar kein Ende ſeyn. Er müßte ſo lange fortgeſetzt werden, bis man auf denjenigen ſtieße, der die Sache auf eine urſprüngliche Art, z. B. durch Occupation erworben hätte **).

Aus dieſen Gründen empfiehlt ſich die obige Entſcheidung, mit welcher die doktrinelle Anſicht Thibauts übereinſtimmt.

25) Der redliche Beſitzer erwirbt alle von ihm vor Anſtellung der Klage gezogenen natürlichen und bürgerlichen Früchte, und iſt nicht verbunden dasjenige, was davon noch vorhanden iſt, mit der Hauptſache herauszugeben.

Dieſe Entſcheidung der Streitfrage findet ſich auch im Pr. L.R. Tit. VII §. 189 ff., im code civil Art. 549 und im O. b. G. §. 330.

26) Wegen der Verwendungen, welche der obſiegende Vindicant dem bisherigen Beſitzer vergüten muß, hat dieſer nicht nur das Retentionsrecht, ſondern auch eine Klage.

Hierdurch wird nur dasjenige ſanktionnirt, was, gegen das Römiſche Recht, bisher ſchon die Praxis gewährt ***).

27) Grunddienſtbarkeiten können auch der bloßen Annehmlichkeit wegen, nicht aber zu

---

*) Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Siquis igitur dominium in fundo habuit, hoc tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

**) Geſterding Lehre vom Eigenthum. S. 361—2.

***) Schweppe a. a. O. §. 273.

einer über den Gebrauch des herrſchenden Gutes hinausgehenden Nutzung beſtellt, und eben ſo wenig zum Beſten Dritter ausgeübt werden *).

Durch dieſe Beſtimmung werden drei gemeinrechtliche Controverſen entſchieden. — Es läßt ſich kein erheblicher Grund dafür auffinden, daß die nachbarlichen Verhältniſſe nur allein pecuniären Nutzen und nicht auch heitern Genuß des Lebens zum Zwecke haben ſollen. Auch die Römer haben eine ſolche Beſchränkung wenigſtens nicht conſequent durchgeführt. Dies beweißt ihre servitus ne prospectui officiatur. Die Geſetzgebung erfüllt eine ſchöne Aufgabe, wenn ſie Rechte, die einen ſeelenerfriſchenden Genuß bereiten und ſichern, nicht nur nicht verkümmert, ſondern ſie begünſtigt.

Die beiden andern Normen ſind Folgeruugen aus dem Weſen der Grunddienſtbarkeit, und ſollen exorbitante Belaſtungen des Eigenthums verhüten.

28 a) Die Mithut des Eigenthümers wird durch eine beſtehende Weidegerechtigkeit nur in ſofern ausgeſchloſſen, als dieſe dem Umfange nach beſtimmt iſt, und in dieſem Umfange bei einer Concurrenz des Eigenthümers nicht ausgeübt werden kann **).

b) Das Recht der Mithut geht ſelbſt durch eine unvordenkliche Nichtausübung nur inſofern verloren, als der Berechtigte der Ausübung einmal widerſprochen und der Eigenthümer ſich dabei beruhigt hat ***).

c) Bei Beſtimmung der Concurrenz des

*) Thibaut Verſuche. Bd. I Nro. 1. — Schrader civil. Abhandlungen. Weimar. 1816 Nro. 6.

**) Kind quaest. for. ed. II Tom. II cap. 33.

***) Hagemann prakt. Erörterungen. Bd. VI. Nro. 12.

Weideberechtigten und des Eigenthümers iſt im Zweifel anzunehmen, daß die beiderſeitigen Rechte gleichen Umfang haben *).

d) Wenn das Weiderecht auf eine ganze Gemeindemarkung zuſteht, ſo kann die Mithut von Gemeindewegen ausgeübt werden **).

Die Streitfragen, deren Entſcheidung hier verſucht wird, haben ein großes praktiſches Intereſſe. In ihrer Anregung ſtellt ſich häufig der Kampf der hergebrachten Ordnung der Dinge mit den Fortſchritten der Cultur und Wirthſchaft dar. Die Art und Weiſe der Entſcheidung hat überall in der Begünſtigung dieſer Fortſchritte und der Fähigkeit des Eigenthums ein gemeinſames Motiv.

29) Der Nutznießer iſt befugt, in der Bewirthſchaftung der Ländereien vortheilhafte Veränderungen vorzunehmen: ohne jedoch die Vergütung des dabei gemachten Aufwandes von dem Proprietar fordern zu können ***).

Wenn die Veränderung wirklich eine vortheilhafte iſt, ſo hat der Eigenthümer kein Intereſſe, ſie zu verhindern. Doch verſteht es ſich von ſelbſt, daß bei Erwägung des zu hoffenden Vortheils auch die Verhältniſſe des Eigenthümers berückſichtigt werden müſſen. — Der Nutznießer macht den Aufwand zu ſeinem Vortheile; deßwegen kann er Erſtattung deſſelben nicht in Anſpruch nehmen. Will er ſich die künftige Vergütung ſichern, ſo muß er darüber mit dem Eigenthümer ein Uebereinkommen treffen.

30) Begreift der Nießbrauch ſolche Gegenſtände, die zwar durch den Gebrauch nicht ſo-

---

*) Kind l. c. — Glück im Commentar. §. 580.

**) Vgl. Hagemann Landwirthſchaftsrecht. §. 313.

***) Vgl. Feuerbach civ. Verſuche. p. 135.

fort verbraucht, aber doch allmälig abgenutzt werden, wie z. B. Kleider und Hausrath, ſo hat der Nutznießer das Recht, ſich derſelben zu demjenigen Gebrauche zu bedienen, zu welchem ſie beſtimmt ſind, und iſt bei Endigung des Nießbrauchs bloß gehalten, ſolche in dem Zuſtande zurückzugeben, in welchem ſie ſich dann zufolge des gemachten rechtmäßigen Gebrauchs befinden *) (code civil Art. 589).

31) Iſt ein bereits angelegtes Kapital Gegenſtand des Nießbrauchs, ſo gebührt dem Berechtigten nur der Rentengenuß, ohne daß ihm das Recht der Aufkündigung und Verwendung des Kapitals zuſteht **). (O. B. G. §. 510.)

Soll dem Nutznießer auch das letzterwähnte Recht zukommen, ſo muß dies bei Begründung des Nießbrauchs beſonders hervorgehoben werden.

32) Die Erſitzung der Dienſtbarkeiten wird, wie die des Eigenthums, bei dem Daſeyn eines Titels, in zehn und unter Abweſenden in zwanzig Jahren, ohne Titel aber durch dreißigjährigen Zeitablauf vollendet.

Die bei dem Eigenthumserwerbe vorkommenden Beſchränkungen der ordentlichen Erſitzung finden auch bei dem Erwerbe von Dienſtbarkeiten ihre Anwendung.

Nach der richtigen Meinung fordert das römiſche Recht zur ordentlichen Erſitzung der Dienſtbarkeiten nichts als zehn- oder zwanzigjährigen fehlerfreien Beſitz ***).

---

*) Vgl. Glück im Commentar. §. 637.

**) Glück a. a. O. §. 643—4.

***) Vgl. Schweppe a. a. O. §. 305. — Mackeldey a. a. O. §. 347.

Allein die Entſtehung von Beſchränkungen des Eigenthums möchte wohl eher zu erſchweren, als zu erleichtern ſeyn.

Im Pr. L.R. und O. b. G. ſind die Vorſchriften über die Erſitzung des Eigenthums ſowohl als der Dienſtbarkeiten in Verbindung geſetzt mit der Einrichtung der öffentlichen Grundbücher. So lange aber dies Inſtitut in Baiern nicht nach gemeinſamen Beſtimmungen eingerichtet iſt, muß man ſich vor der Hand mit einer Entſcheidung der gemeinrechtlichen Controverſe begnügen.

33) Hausdienſtbarkeiten gehen durch zehn — resp. zwanzigjährigen fehlerfreien Beſitz der Freiheit, alle übrigen Grund- und perſönlichen Dienſtbarkeiten durch zehn resp. zwanzigjährigen Nichtgebrauch verloren.

Der Geſetzgeber, welcher die Freiheit des Eigenthums begünſtigen will, muß conſequenterweiſe die Aufhebung der Dienſtbarkeiten erleichtern. Indeſſen liegt es bei Hausdienſtbarkeiten ſchon in der Natur der Sache, daß die Erlöſchung derſelben nur durch usucapio libertatis und nicht durch bloßen Nichtgebrauch herbeigeführt werden könne. Denn die Ausübung derſelben geſchieht entweder durch eine dazu beſtimmte Vorrichtung oder Anſtalt, in dieſem Falle kann die erlöſchende Verjährung erſt mit Hinwegräumung dieſer Vorrichtung oder Anſtalt beginnen; — oder die Ausübung liegt in dem bloßen Nichtſeyn eines Zuſtandes, z. B. in dem Nichthöhergebautſeyn: hier beginnt die Verjährung erſt durch die Exiſtenz des gegentheiligen Zuſtandes, z. B. durch die geſchehene Erhöhung des Baues. In beiden Fällen kommt der bisherige serviens durch die eintretende Veränderung in den Beſitz der Freiheit.

Durch die vorgeſchlagene Entſcheidung wird

a) die Beſtimmung aufgehoben, daß bei Servituten, deren Ausübung nur mit Zwiſchenräumen von mehr als

einem Tage geſchehen darf, die Zeit von 10 oder 20 Jahren verdoppelt werden ſoll; und

b) die Controverſe geſchlichtet, welcher darüber vorhanden iſt, ob der Nießbrauch durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehe oder nicht. Auch iſt

c) dadurch ausgemacht, daß zur usucapio libertatis bona fides nicht erfordert werde.

Das O. b. G. verlangt die usucapio libertatis ganz allgemein. In §. 1488 iſt verordnet:

„Das Recht der Dienſtbarkeit wird durch den Nicht-
„gebrauch verjährt, wenn ſich der verpflichtete Theil
„der Ausübung der Servitut widerſetzt, und der
„Berechtigte durch drei aufeinander folgende Jahre
„ſein Recht nicht geltend macht.“

Das Pr. L.R. macht mehrere Unterſcheidungen, und nimmt insbeſondere darauf weſentliche Rückſicht, ob die Dienſtbarkeit in öffentlichen Büchern eingetragen iſt.

34) Bei der Negatorienklage trifft die Beweislaſt den Beklagten auch dann, wenn er ſich im Beſitze des ſtreitigen Rechtes befindet.

Aus dem Standpunkte der Doktrin bin ich von der Richtigkeit des Gegentheils lebhaft überzeugt. Allein der Geſetzgeber entſcheidet nach andern Gründen: er erwägt die Begünſtigung, welche die Freiheit des Eigenthums verdient, und thut wohl daran, demjenigen, der eine Beſchränkung des Eigenthums, insbeſondere auch ſ. g. Reallaſten und Feudalrechte verfolgt, den Sieg Rechtens wenigſtens nicht zu erleichtern.

Das B. L.R. (II, 7 §. 11) legt die Beweislaſt dem beklagten Beſitzer auch dann auf, wenn er in possessorio momentaneo obgeſiegt hat; er ſoll jedoch frei davon ſeyn, wenn er einen wenigſtens zehnjährigen Beſitz des ſtreitigen Rechtes darthut.

Das O. b. G. enthält für den Fall, wenn ſich der

Eigenthümer über die Anmaßung einer Servitut beſchwert (§. 523), folgende nicht deutliche Beſtimmung:
„es müſſe der Kläger die Anmaßung der Servitut „in ſeiner Sache beweiſen.“

§. 5.

Obligationenrecht.

35 a) Der Verzug beginnt, wenn der Zahlungstag voraus beſtimmt iſt, mit dem Eintritte dieſes Tages; ohne daß auch eine Mahnung erfolgt ſeyn muß.

b) Die Folgen des Verzuges treten nicht ein, wenn der Schuldner durch unvorhergeſehenen Zufall an der Erfüllung gehindert wird.

c) Die Regel, daß der ſäumige Schuldner die Gefahr der Sache trage, findet keine Anwendung, wenn derſelbe beweiſen kann, daß die Sache der Ablieferung ungeachtet auch in den Händen des Gläubigers dem Zufall unterlegen ſeyn würde.

a) der Satz: „dies interpellat pro homine“ iſt in neuerer Zeit von Neuſtetel *) angefochten worden. Allein Thibaut **) hat denſelben gegen die angeregten Zweifel ſiegreich vertheidigt, und nachgewieſen, daß er nicht nur in den poſitiven Geſetzen, ſondern auch in der Natur der Sache begründet ſey.

Zu b) Ueber die Auslegung der Aeuſſerung Ulpians:
„sciendum est, non omne, quod differendi causa „optima ratione fiat, morae adnumerandum.“
giebt es ſehr verſchiedene Anſichten. — Die bloße fac-

*) Archiv für civ. Praxis. Bd. V. Nro. VIII.

**) Ebendaſelbſt. Bd. VI. Nro. I.

tiſche Unvermögenheit oder ſonſtige Unfähigkeit zur Erfüllung kann für ſich allein nicht zur Entſchuldigung gereichen; indem ſonſt jeder leichtſinnige Schuldner und Speculant, der bei Eingehung der Verbindlichkeit das Wie der Erfüllung nicht bedacht hat, auf die leichteſte Manier die Folgen des Verzugs abwenden könnte. Nur dann kann der Richter von dieſen Folgen befreien, wenn dem Schuldner ein Mangel an Vorausſicht und überhaupt Leichtſinn und Nachläßigkeit nicht vorgeworfen werden kann, und es klar vorliegt, daß er an der Erfüllung durch Umſtände und Verhältniſſe gehindert wurde, deren Eintreten weder nach menſchlicher Berechnung vorauszuſehen noch abzuwenden war. Die Nichterfüllung iſt in ſolchen Fällen als ein den Gläubiger treffender Zufall anzuſehen. — Dieſem zufolge beſtimmt auch das Pr. LR. Th. I. Tit. XVI. §. 26:

„So weit die Unmöglichkeit das gänzliche Unter-„bleiben der Erfüllung entſchuldigt, ſo weit kommt „ſie auch demjenigen zu ſtatten, der ſeine Verbind-„lichkeit nicht zur gehörigen Zeit erfüllen kann.“

Uebereinſtimmend iſt auch der code civil, Art. 1147—8.

Zu c) Wenn der Schuldner beweißt, daß die Sache auch in den Händen des Gläubigers von dem Zufalle erreicht worden wäre, ſo hat Letzterer den Verluſt nicht in Folge des Verzugs, ſondern rein zufällig erlitten, und kann alſo von Niemanden Erſatz verlangen.

36) Die Beſtimmungen der ſ. g. lex Anastasiana ſind aufgehoben.

Schon öfters iſt bemerkt worden, daß der Grund der lex Anastasiana:

„comperimus quosdam alienis rebus fortunisque „inhiantes, cessiones aliis competentium actio-„num in semet exponi properare: hocque modo „diversis personas litigatorum vexationibus affi-„cere;“

auf die meiſten der vorkommenden Fälle nicht paſſe, und daß dieſe Verordnung dem Verkehre bedeutende Hinderniſſe in den Weg lege. Allein die Aufhebung derſelben motivirt ſich hauptſächlich dadurch, daß ſie, beſtimmt, die Chicanen der Ceſſionarien zu entkräften, gemeinhin den Schuldnern zu chicanöſen Prozeſſen Gelegenheit und Stoff giebt. Die Erfahrung lehrt, daß unter zehn Schuldnern, welche von Ceſſionarien belangt werden, ſich kaum einer findet, der nicht auf Geradewohl, ohne von ihrer factiſchen Begründung überzeugt zu ſeyn, die ſ. g. exceptio legis Anastasianae vorſchützt. Dadurch wird nun überall ein neuer Zwiſchenſtreit veranlaßt, welcher bei den mannigfachen Controverſen *), die es hier giebt, die Sache immer, und häufig mehrmals, durch alle Inſtanzen führt. — Indem nun die ganze Verordnung wegfällt, ſo wird der Chicane ein weiter Tummelplatz entzogen, und dabei die Gerechtigkeit nicht im geringſten verletzt: denn die Beſtimmung, daß der Schuldner die Differenz des Schuldbetrags und der Kaufſumme gewinnen ſolle, iſt nicht secundum rationem juris, ſondern nur nach ſchwankenden Rückſichten der Billigkeit eingeführt.

37) Wenn der Beklagte behauptet, daß der Kläger den Vertrag nicht, oder nicht ganz erfüllt habe, ſo hat dieſer den Beweis der vollſtändigen Erfüllung zu führen. Giebt hingegen der Beklagte die vollſtändige Erfüllung zu und behauptet nur, daß die Leiſtung fehlerhaft geſchehen ſey, ſo trifft die Beweislaſt ihn. Bei Sachenleiſtungen wird der Empfänger von dieſer Beweislaſt frei,

---

*) Vgl. v. Bannwarth Inauguralabhandlung über Beweislaſt und Beweisführung bei Anwendung der Anaſtaſiſchen Verordnung. Wzbg. 1821.

wenn er den vorhandenen Fehler dem andern Contrahenten ſogleich bei dem Empfange angezeigt und die Sache wieder zu deſſen Verfügung geſtellt hat.

Ueber die Beweislaſt bei der ſ. g. exceptio non rite impleti contractus giebt es ſehr verſchiedene Anſichten *). Die hier verſuchte Entſcheidung der Streitfrage fußt ſich auf die Erwägung, daß derjenige, welcher die Leiſtung des andern Contrahenten ohne Verwahrung angenommen und vielleicht gar ſchon benutzt und verbraucht hat, dieſem hierdurch den Beweis der fehlerfreien Leiſtung ſehr erſchwert oder ganz unmöglich gemacht hat. Wenn der Empfänger die Sache beim Empfange ſogleich unterſucht, und die entdeckten Mängel dem Mitcontrahenten ſofort anzeigt, ſo iſt die Sache noch in der Lage, als wenn die Erfüllung noch nicht geſchehen wäre; und es liegt nun dem Promittenten ob, zu beweiſen, daß er ſie ganz in der Art angeboten habe, wie er ſie ſchuldig war. Hat hingegen der Empfänger entweder jene alsbaldige Unterſuchung verſäumt, oder doch zu dem Befunde ſtillgeſchwiegen, ſo ſcheint er hierdurch die empfangene Leiſtung als richtig und gehörig anzuerkennen, und muß nun ſpäter, wenn er demungeachtet die Fehlerhaftigkeit behauptet, dieſe Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils entkräften

38) Das Recht, wegen Verkürzung über die Hälfte die Aufhebung des Vertrags zu fordern, findet bei allen zweiſeitig verbindlichen Geſchäften für beide Contrahenten ſtatt.

Soll überhaupt in einem Falle das Rechtsmittel aus der Const. 2 de resc. vend. zugeſtanden werden, ſo fordert die Conſequenz die Allgemeinheit deſſelben. Die

*) Vgl. Weber von der Beweisführung. VI. Nr. 27.

deutſche Praxis hat ſchon längſt dafür entſchieden, und auch das B. L.R. IV, 6 §. 21 Nro. 3 und das O. b. G. §. 934 ſtimmen damit überein.

39) Die Beſtimmung, daß der Ausſteller von Schuldſcheinen und Quittungen binnen zwei Jahren reſp. 30 Tagen durch die ſ. g. exceptio oder querela non numeratae pecuniae die Beweiskraft derſelben zerſtören könne, iſt mit allen ihren Folgeſätzen aufgehoben.

Das Inſtitut der exceptio und querela non numeratae pecuniae iſt dazu beſtimmt, leichtſinnige Ausſteller von Schuldſcheinen und Quittungen gegen betrügliche Empfänger derſelben zu ſchützen. Allein wenn gleich daſſelbe in einzelnen Fällen dieſe Beſtimmung erfüllt, ſo beſteht doch die gewöhnliche Praxis in dem Mißbrauche, welcher damit von unredlichen Schuldnern getrieben wird. Die exceptio n. n. p. iſt das gangbarſte Hülfsmittel der Chicane, mit welcher gewiſſenloſe Schuldner oder deren eben ſo gewiſſenloſe Sachwalter die Darleihensforderung des Klägers entweder ganz zu entkräften oder doch den Sieg deſſelben ſo lange als möglich zu verzögern ſuchen. — Nach dem Zeugniſſe der Erfahrung kann man daher behaupten, daß das Daſeyn dieſes Inſtitutes der materiellen Gerechtigkeit weit mehr Schaden als Nutzen bringt, und folgeweiſe die Aufhebung räthlich ſey. Dieſe Aufhebung unterliegt einem Bedenken um ſo weniger, als ſich der Ausſteller von Schuldſcheinen und Quittungen gegen den Betrug des Empfängers ohne alle Mühe ſicherſtellen kann, indem er ihm nämlich die Handſchrift nur gegen Bezahlung des Geldes übergiebt; dagegen aber der redliche Gläubiger nach den in Frage ſtehenden Geſetzen ſich gegen den betrüglichen Schuldner nur durch Zuziehung von Zeugen oder der Obrigkeit ſchützen kann, was aber häufig bei

der oft zarten Natur der Creditverhältniſſe nicht zuläſſig iſt. — Demjenigen, der eine Verſchreibung oder Quittung vor dem Empfang des Geldes aus Handen giebt, kann man immer vorwerfen: er habe nicht ſo vorſichtig gehandelt, wie ein diligens pater familias zu handeln pflege, und wenn er durch dieſen Mangel an Vorſicht Schaden leidet, ſo gilt der Satz: damnum, quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur. Freilich kann er den Schaden abwenden, wenn er beweißt, daß ſein Gegner betrüglich gehandelt habe. Aber es läßt ſich nicht einſehen, warum gerade in dieſem Falle gegen die Natur der Sache und gegen die allgemeinen Rechtsregeln der Betrug vermuthet, und der in der exceptio und querela n. n. p. liegende Vorwurf das dolus specialis ohne allen Beweis als richtig angenommen werden ſoll. — Dieſe Anſicht, daß die exc. n. n. p. wie jede andere exceptio doli den Beklagten zum Beweis des dolus verpflichte, war die des ältern römiſchen Rechts *); und nur falſche Billigkeitsrückſichten, die vielleicht durch einzelne individuelle Fälle hervorgerufen waren, haben ſpäterhin ein ſo exorbitantes gemeinſchädliches Inſtitut in die Geſetzgebung eingeſchwärzt. Es iſt ein ſchon mehrmals geäußerter und wahrer Satz, daß die Geſetzgebung deſto ſchlechter wird, je mehr ſie darauf ausgeht, den Schwächen der Menſchen aus der Klemme zu helfen.

Weder das Oeſterreichiſche noch das Franzöſiſche Geſetzbuch kennen das hier verworfene Inſtitut, und auch im Pr. L.R. findet ſich davon nur eine unbedeutende Spur (Th. I. Tit. XI. §. 738).

39 a) Der Pächter kann verhältnißmäßigen Nachlaß auch in den Fällen begehren, wenn «) eine große Schmälerung des Fruchtgenuſſes durch Unfälle ſtattgefunden hat, die

---

* Vgl. Gajus IV, §. 119.

nicht die Früchte ſelbſt, ſondern den Pachthaus-halt betroffen haben; wenn er z. B. durch requirirten Vorſpann u. dgl. an zeitiger Beſtellung der Felder gehindert wurde; eben ſo β) wenn der Unfall die Früchte zwar nach der Einärndtung, jedoch früher getroffen hat, als ſie umgeſetzt werden konnten.

b) Der Pächter kann auf Nachlaß keinen Anſpruch machen, wenn nicht der Verluſt wenigſtens den vierten Theil des gewöhnlichen Ertrags ausmacht.

c) Bei der quantitativen Feſtſetzung des Nachlaſſes iſt auf das Verhältniß zu ſehen, nach welchem Pächter und Verpächter bei einer gewöhnlichen Aerndte an dem Geſammtertrage des Pachtgutes participiren. Nach demſelben Verhältniſſe haben ſie den zugegangenen Verluſt zu tragen, ſo daß der Antheil des Verpächters an dem Pachtzinſe nachgelaſſen werden muß.

Die Vorſchriften unter a ſind nur folgerechte Anwendungen des allgemeinen Princips der Pachtnachläſſe. Praestari agrum opportet, ut frui liceat. Wenn daher der Pächter eines ganzen Gutes durch Vorſpann oder Requiſitionen an Beſtellung der Felder gehindert war, oder die kaum eingeärndteten Früchte, bevor ſie umgeſetzt werden konnten, durch zufälligen Brand zu Grunde gehen, ſo paßt das „frui non licuit" eben ſo gut als in dem andern Falle, wenn der Hagel die **künftige** Aerndte vernichtet.

Zu b. Die Oeſterreichiſche und Franzöſiſche Geſetzgebung fordern zur Begründung des Anſpruchs auf Nachlaß, daß der Verluſt wenigſtens die **Hälfte** des gewöhnlichen Ertrags ausmache. Allein dieſe Beſchränkung ſcheint mir zu weit zu gehen. Denn ſie macht es mög-

lich, daß der Pächter den ganzen Pachtſchilling entrichten muß, und dann für ſeine Mühe und Koſten, und zum Unterhalt ſeiner Familie einen kaum des Namens werthen Antheil übrig behält.

Zu c. Der hier feſtgeſetzte Maaßſtab der Nachläſſe gründet ſich auf die Erwägung, daß es gerecht ſey, die Nachtheile nach demſelben Verhältniſſe zuzumeſſen, welches für die Vortheile beſteht.

40) Die ſtillſchweigende Erneuerung des Beſtandvertrages erſtreckt ſich

a) Bei Pachtungen der Regel nach auf ein Jahr. Bei einzelnen Feldgrundſtücken erſtreckt ſie ſich auf drei Jahre, wenn ſie auf wenigſtens drei Jahre verpachtet waren, und im erſten Jahre der Erneuerung ortsüblichermaßen in der Brache liegen *).

b) Bei Miethwohnungen wird der Vertrag ſo lange fortgeſetzt, bis ein Theil durch die ortsherkömmliche Aufkündigung das Ende herbeiführt.

Bei ganzen Landgütern, Wieſen, Gärten und Weinbergen kann der Hauptvortheil in jedem Jahre gleichmäßig gezogen werden; nicht ſo bei einzelnen walzenden Feldgrundſtücken, deren Anbau nach den Regeln der Mehrfelderwirthſchaft geſchieht. — Aehnliche Beſtimmungen enthält das Pr. LR. Th. I. Tit. XXI. §. 330, das O. b. G. §. 1115, und der code civil Art. 1774—6.

41) Der einzelne Geſellſchafter haftet für die Geſellſchaftsſchulden, wenn nichts anderes ausgemacht iſt, nur für ſeinen Antheil an der Geſellſchaft.

Der Code civil (Art. 1862) und das O. b. G. (§. 7203) ſetzen die ſolidariſche Haftung für Handelsgeſell-

*) Vgl. Schrader Abh. aus dem Civilrechte I, 2.

ſchaften feſt. Allein dieſe Beſtimmung dürfte ihre Zweckmäßigkeit nur da erproben, wo die eigenthümlichen Verhältniſſe der Handelsgeſellſchaften auch im Uebrigen von der Geſetzgebung ſpeciell beſtimmt ſind. (Vgl. z. B. das Pr. L.R. Th. II. Tit. VIII. §. 617 ff.)

42) Die Schenkung muß gerichtlich inſinuirt werden, wenn der Betrag oder Werth die Summe von 1000 fl. überſteigt. (B. L.R. Th. III. Cap. VIII. §. 7.)

43) Beim Trödelvertrage haftet der Empfänger zwar für jedes Verſchulden, aber nicht für den Zufall *). (So das O. b. G. §. 1087 — und gewiß nach der Natur des Geſchäftes. — Dagegen B. LR. IV, 12 §. 4. Nr. 7.)

44) Die Einrede der Vorausklagung ſteht dem Bürgen nicht zu,

a) wenn er die Bürgſchaft wiſſentlich abgeläugnet hat **);

b) wenn über das Vermögen des Hauptſchuldners der Concurs ausgebrochen iſt ***);

c) wenn der Hauptſchuldner im Auslande wohnt ****);

b) wenn ſich der Bürge als Selbſtſchuldner verbürgt hat †).

Vgl. B. L.R. IV, 10. §. 11, Pr. L.R. I, 14. §§. 297 ff. Nach dem code civil Art. 2023 muß der Bürge, um ſich der Einrede der Vorausklage wirkſam bedienen zu können, dem Gläubiger die Güter des Hauptſchuld-

---

*) Vgl. I. H. Boehmer de transl. domin. in contr. aest. (Exerc. ad. P. Tom. 3). §. §. 24—40.

**) Gottschalk disc. forenses. Tom. I. cap. 26.

***) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 115 Nr. 8.

****) Vgl. Nov. 4. cap. 1.

†) S. Geſterding im Archiv für civ. Praxis Bd. IV.

ners anzeigen, und die zur Vorausklage erforderlichen Koſten vorſchießen. Ueberdies darf er nur auf ſolche Güter des Hauptſchuldners verweiſen, welche im Gerichtsbezirke des Apellationsgerichtes des Ortes liegen, wo die Zahlung erfolgen ſoll.

Das O. b. G. kennt (§§. 1356—7) im Ganzen dieſelben Beſchränkungen des benef. excuss., welche oben angeführt ſind.

15) Die den Frauensperſonen in Hinſicht der Interceſſion zuſtehenden Rechtswohlthaten ſind aufgehoben.

Das B. L.R. iſt in den Grundſätzen über die Interceſſion der Frauensperſonen ganz dem Römiſchen Rechte gefolgt. Das Pr. L.R. (I, 14 §. 219 ff.) erklärt die Interceſſionen der Frauensperſonen zwar nicht für ſchlechthin ungültig, verordnet aber (nebſt speciellen Vorſchriften über die Verbürgungen der Ehefrauen) (II, 1. Abſchn. 4), daß Wittwen und ledigen Frauenzimmern bei Uebernehmung einer Bürgſchaft die rechtlichen Wirkungen und Folgen derſelben vor Gericht erklärt werden ſollen.

Der Code civil hingegen und das O. b. G. beſchränken die Interceſſionen der Weiber auf keine Weiſe. Das letztere letztere beſtimmt §. 1449:

„Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterſchied „des Geſchlechts Jedermann auf ſich nehmen, dem „die freie Verwaltung ſeines Vermögens zuſteht.“

Das Vellejaniſche Senatusconſult erklärt die Interceſſion für ein officium virile, und deßwegen die Interceſſionen der Frauensperſonen für ungültig. Paulus in fr. 1 ad Sc. Vellej. bemerkt, daß dies römiſchen Sitten und allgemeinen Rechtsanſichten entſpreche. — Dieſe Gründe ſtehen wohl heutzutage der Aufhebung des Senatusconſults nicht mehr im Wege, und es dürfte ſich kein erhebliches Motiv dafür anführen laſſen, warum

die Schwäche und Geſchäftsunkunde der Weiber bei dieſem Rechtsverhältniſſe mehr Rückſicht erfordere, als bei andern möglicherweiſe eben ſo nachtheiligen Geſchäften. — Die beantragte Aufhebung empfiehlt ſich aber vorzüglich dadurch, daß die fraglichen Rechtsvorſchriften, beſonders wegen der großen Menge von Ausnahmen, eine höchſt ergiebige Quelle chicanöſer Proceſſe ſind.

46) Bei allen Servituten giebt es einen Quaſibeſitz, und in Ermangelung beſonderer Interdikte kommen die allgemeinen interdicta retinendae und recuperandae possessionis zur Anwendug.

Die neuerdings zwiſchen Savigny und Thibaut verhandelte Controverſe iſt nach Maßgabe einer allgemeinen Praxis entſchieden. Daß mit dieſer Praxis auch die Natur der Sache und der Geiſt und Zuſammenhang der Geſetze übereinſtimme, hat Thibaut (A. f. civ. Pr. Bd. I. S. 110) überzeugend nachgewieſen.

47) Die Theilung einer Gemeinſchaft kann, abgeſehen von Fehlern der Willensbeſtimmung, nicht wegen jeder Verletzung von Bedeutung, ſondern nur wegen Verkürzung über die Hälfte angefochten werden.

Es läßt ſich kein Grund denken, warum hier der Verkürzte mehr begünſtigt, und die verbindliche Kraft der Verträge weniger heilig gehalten werden ſoll, als bei andern zweiſeitigen Geſchäften.

48) Die Thatſache, daß aus dem Vermögen des Einen Etwas in den Nutzen des Andern verwendet worden, oder demſelben überhaupt zu Gute gekommen iſt, berechtigt an und für ſich und abgeſehen von beſondern Obligationsrechten Jenen nicht, von dem Letztern Erſtattung oder Vergütung fordern. Wenn indeſſen der Geſchäftsführer eines

Andern etwas ſchuldig wurde, was dieſem durch Verwendung in der Geſchäftsführung zu Gute kam, ſo kann der Gläubiger gegen den Geſchäftsherrn klagen, wenn gleich des Letztern bei Eingehung des Schuldverhältniſes nicht gedacht wurde.

Die in den Pandekten öfters vorkommende Billigkeitsregel: „natura aequum est, neminem cum damno alterius fieri locupletiorem" hat der Praxis Stoff und Grund zu einer ſ. g. actio de in rem verso utilis gegeben, die man füglich den von Quackſalbern ausgebotenen Univerſalmedicinen vergleichen könnte *). Denn nach dem Umfange, welchen die Praktiker, z. B. Leyſer **) und Kind ***) ihr geben, fußt ſie ſich lediglich auf ein allgemeines, unbeſtimmtes Billigkeitsgefühl, auf ihrem Gebiete handelt es ſich nicht von Sonderung und Prüfung vorkommender Fälle nach geſetzlichen Merkmalen, von Uebung juriſtiſcher Kunſt, ſondern der obengedachte Gemeinplatz erſcheint als ſouveräner Entſcheidungsgrund, welchem alle ſpeciellen entgegenſtehenden Rechtsſätze und überhaupt alle wahrhaft rechtlichen Erwägungen ausweichen müſſen. So ſagt z. B. Kind: „actio de in rem verso, ex aequitate, — ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii facti sunt locupletiores, producitur." Nun denke man ſich den Fall: A leiht dem B 10,000 Gulden vor; B benutzt dies Geld, um mit dem C ein Geſchäft abzuſchließen, aus welchem dieſer einen reinen Gewinn von 2000 fl. zieht. Später verliert A im Concurſe des B ſeine Forderung, und begehrt nun von C

*) Vgl. G. C. Seuffert dissertatio inauguralis de eo, quod justum est circa de in rem verso actionem. Wirceburgi 1822.

**) Med. ad P. spec. 169.

***) Quaestiones forenses. Tom. III. cap. 21.

die Herausgabe der 2000 Gulden, die er in Folge des zwiſchen A und B ſtatt gefundenen Darleihgeſchäftes gewonnen hat. Nach Kind ſteht ihm die abuſive actio de in rem verso unbedenklich zu! — Jeder unglückliche Speculant ſey getröſtet! Gewiß laſſen ſich Leute finden, denen ſein Verluſt auf mittelbare Weiſe zu Gute gekommen iſt; offenbar wäre es höchſt unbillig, wenn dieſe ſich mit ſeinem Schaden bereichern wollten, und die actio de in rem verso ſichert ihm die restitutio in integrum! —

Unverkennbar wird durch dieſe Mißgeburt des Schlendrians die Natur der Obligationen, die Heiligkeit der Verträge, kurz das ganze Rechtsſyſtem über den Haufen geworfen. Dem Uebel durch Abſteckung einer feſten Gränze zu begegnen, dürfte um ſo nothwendiger ſeyn, je häufiger die Praxis dem Götzen huldigt. Das Pr. L. R. (Th. I. Tit. 13. §. 262 u f., ſo wie das O. b. G. §. 1041) haben die Aufſtellung beſtimmter Grundſätze über die allgemeinen Folgen der in rem versio verſucht. Aber beide Geſetzgebungen haben dem Mißbrauche noch Spielraum genug übrig gelaſſen. So geht das Pr. L. R. von dem allgemeinen Satze aus:

„Derjenige, aus deſſen Vermögen etwas in den Nu„tzen eines Andern verwendet worden, iſt daſſelbe „entweder in Natur zurück oder für den Werth Ver„gütung zu fordern berechtigt;“

und das O. b. G. verordnet:

„Wenn ohne Geſchäftsführung eine Sache „zum Nutzen eines Andern verwendet worden iſt, „kann der Eigenthümer ſie in Natur, oder wenn „dies nicht mehr geſchehen kann, den Werth ver„langen, den ſie zur Zeit der Verwendung gehabt „hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt „worden iſt.

Beide Geſetzgeber ſcheinen in den oben gerügten An-

ſichten der Praxis befangen geweſen zu ſeyn, und haben den richtigen Geſichtspunkt verfehlt. Denn in allen Fällen kann es nicht allein darauf ankommen, daß die in rem versio erfolgt ſey, ſondern überall muß das Daſeyn oder Nichtdaſeyn einer Forderung davon abhängen, unter welchen Umſtänden und in welchen Verhältniſſen die in rem versio geſchehen ſey. — Dies, das entſcheidende Moment, iſt in obiger Entſcheidung vor Allem hervorgehoben. Dabei iſt angedeutet, daß in jedem Falle darauf zu ſehen iſt, ob der Anſpruch auf Erſtattung oder Vergütung nicht in einem beſondern Obligationsverhältniſſe begründet ſey, ob z. B. derjenige, welcher den Anſpruch erhebt, nicht als Mandatar oder negotiorum gestor klagen könne? — Außer dieſen Fällen läßt ſich ein Obligationsverhältniß zwiſchen demjenigen, welcher Erſtattung begehrt, und dem Andern, dem das zu Erſtattende zu Gute kam, nur dann annehmen, wenn dieſer als Principal eines Dritten haftet, welcher dem Erſten den Gegenſtand der in rem versio ſchuldig wurde. Derſelbe würde in ſolchen Fällen, hätte ſich der Dritte bei Eingehung des Schuldverhältniſſes als deſſen Geſchäftsführer dargeſtellt, unter Vorausſetzung der erfolgten Verſion geradezu mit der actio negotiorum gestorum (scilicet ad exemplum institoriae actionis) *) belangt werden können. Der Mangel des Umſtandes, daß ausdrücklich für den Geſchäftsherrn contrahirt wurde, ſchließt zwar die direkte Klage gegen ihn aus, allein immer iſt es doch ſein Geſchäft geweſen, und er würde ſich in dolo befinden, wenn er den Vortheil daraus ziehen wollte, ohne zugleich die damit zuſammenhängenden Verbindlichkeiten zu übernehmen. — Dies die Motive der vorſtehenden Entſcheidung, welche ſich bereits — nach

---

*) Vgl. fr. 31 pr. de neg. gest.

der richtigen Anſicht in Const. 7 §. 1. quod cum eo ꝛc. findet.

In allen andern Fällen, wo derjenige, dem Etwas aus dem Vermögen des Andern zu Gute gekommen iſt, nicht wenigſtens mittelbar mit dieſem in Obligationsverhältniſſe getreten iſt, muß der Umſtand, daß er mit dem Schaden des Andern reicher geworden iſt, als ein zufälliger betrachtet werden. Der Zufall iſt aber niemals dazu geeignet, eine Forderung auf Schadenserſatz zu begründen.

49) Die condictio indebiti findet auch dann ſtatt, wenn von einem ſchuldigen Kapital nichtſchuldige Zinſen entrichtet ſind *).

Keines der oft erwähnten neuern Geſetzbücher kennt die aus fr. 26 pr. de cond. ind. abgeleitete, eines erheblichen Rechtsgrundes entbehrende Ausnahme.

50) Eine Forderung auf Rechnungsablage kann nicht zur Compenſation mit einer Geldforderung gebraucht werden **).

Man könnte vielleicht hiergegen einwenden, ein weſentlicher Unterſchied finde zwiſchen einer Geld-Forderung und einer Forderung auf Rechnungsablage gemeinhin nicht ſtatt, indem die letztere zur Herausgabe des reſtirenden Geldes führe, und daher gleichfalls nichts als eine Geldforderung ſey, welche nur des Beweiſes noch ermangle.

Allein vor erledigter Rechnungsablage hat eine ſolche Geldforderung noch keinen beſtimmten Gegenſtand. Der Gläubiger kann gar nicht angeben, wie viel ihm geſchuldet werde, und oft wirft es ſich heraus, daß der

---

*) Vgl. Weber Verſuche über das Civilrecht. S. 263. — Thibaut Verſuche. B. 2 Nro. 5.

**) S. Martin Rechtsgutachten und Entſcheidungen des Heidelberger Spruchcollegium IV. V. S. 272 ff. — Archiv für civ. Praxis Bd. III. Nro. 13, 14.

Rechnungsherr dem Rechnungspflichtigen noch darauflegen muß. Darum fehlt es einer ſolchen Forderung, wenn ſie als Geldforderung in Betracht kommen ſoll, vor der Hand noch an Realität. Wer ferner Rechnungsablage fordern kann, fordert nicht blos die einzelnen Belege für Einnahme und Ausgabe, ſondern auch die Zuſammenſtellung nach den Regeln der Rechnungswiſſenſchaft, alſo offenbar eine in faciendo beſtehende Thätigkeit. Daraus ergiebt ſich, daß eine Forderung dieſer Art nicht gleichartig mit einer reinen Geldforderung iſt, und daher mit derſelben nicht compenſirt werden kann.

51) **Die mit der Einlaſſung auf die Klage vorgetragene illiquide Einrede der Compenſation darf im ordentlichen Proceſſe zur beſondern Ausführung keineswegs verwieſen werden, ſondern es kann vielmehr der Beklagte verlangen, mit dem ſ. g. langſamen Beweiſe derſelben auch dann zugelaſſen zu werden, wenn er gleich den Grad der Klage einräumte, oder dieſer ſonſt als bereits vollbewieſen vorliegt *)**

Nach römiſchem Rechte war es allgemeine Regel, daß die Einrede der Compenſation, wenn die eingeklagte Forderung liquid war, vom Richter nur inſofern berückſichtigt werden konnte, als, wie die C. 14 de compens. ſich ausdrückt: „si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.“ — Nach deutſchen Prozeßgeſetzen aber, welche verordnen, daß ſich der Beklagte im ordentlichen Prozeſſe durch alle zerſtörlichen Einreden ſchützen könne, und, wenn er ſie nur der Einlaſſung auf die Klage beigefügt hat, zu dem Beweis gelaſſen werden müſſe, kann der Satz: „Liquidi cum

*) Vgl. Archiv für civ. Praxis. Bd. II. S. 210 ff.

illiquido non est compensatio“ nur mit der oben ausgeſprochenen Beſchränkung angewandt werden. — Iſt aber der Rechtsſtreit in einen ſummariſchen Prozeß eingeleitet, in welchem die durch ſchleunigen Beweis hergeſtellte Liquidität die Bedingung der Wirkſamkeit der Einrede iſt, wie z. B. im Executivprozeß, ſo wird der Beklagte, iſt die exc. comp. illiquid, zur Austragung der Gegenforderung ad separatum verwieſen.

Das B. L.R. (IV, 15 §. 1 Nro. 1), der code civil (Art 1201) und das O. b. G. (§. 1438) verordnen im Allgemeinen, daß die beiden zu compenſirenden Forderungen gleich liquid (richtig) ſeyn müſſen. Das Pr. L.R. beſtimmt Th. I Tit. XVI. §. 359:

„Iſt die Forderung des Einen eingeräumt, oder „ſonſt ſogleich klar, die andere aber wird vom Ge„gentheile noch beſtritten; ſo findet die Compenſa„tion nur inſofern ſtatt, als die beſtrittene „Gegenforderung nach Vorſchrift der Pro„zeßordnung ſofort liquid gemacht wer„den kann.“

52) Wenn bei terminlichen Zahlungen oder Leiſtungen durch Quittungen oder ſonſt nachgewieſen werden kann, daß dieſelben für drei aufeinander folgende Termine von dem Schuldner berichtigt, und von dem Gläubiger ohne Vorbehalt angenommen worden, ſo wird vermuthet, daß auch die ältern Termine berichtigt ſind *).

Die analoge Anwendung der Const. 3 de apochis publ. iſt vom B. L.R. (IV, 14 §. 13 Nro. 3.) vom Pr. L.R. (Th. I Tit. XV. §§. 133 ff.) und vom O. b. G. §. 1429 genehmigt.

---

*) S. Pufendorf obs. Tom. I. obs. 173. — Kind quaest. for. Tom. IV. cap. 56. — S. Dagegen Geſterding im Archiv für civ. Praxis. Bd. IV. Nro. 3.

53) Es iſt bei der Novation nicht nothwendig, daß die Abſicht, die alte Obligation ganz aufzuheben, ausdrücklich erklärt wurde.

Die gewöhnliche Meinung, daß die ausdrückliche Erklärung erforderlich ſey, iſt blos aus einem Mißverſtändniſſe der Const. 8. de novationibus hervorgegangen, wie v. Löhr *) neuerdings dargethan hat. Mit dieſer gewöhnlichen Meinung ſtimmt das B. L.R. (IV, 15 §. 4 Nro. 1.) überein; dagegen iſt die fragliche ausdrückliche Erklärung als Erforderniß nicht angeführt vom Pr. L.R. (Vgl. Th. I. Tit. XVI. §. 455), vom code civil (Art. 1271 ff.) und dem O. b. G. §. 1379.)

§. 6.

Familienrecht.

54) In Ermanglung dazu vermögender Aſcendenten und Deſcendenten ſind auch Geſchwiſter zur Alimentation verbunden **).

Als Motiv mag Ulpians Aeuſſerung gelten: „ex aequitate haec res descendit, caritateque sanguinis.“ Uebereinſtimmend iſt das Pr. L.R. (Th. II. Tit. III §. 15. ff.); ausdrücklich dagegen das B. L.R. (I, 4. §. 7 Nro. 3).

55) Erwachſene Kinder können von den Eltern, welchen ſie durch ihre Dienſte die Beſoldung von Dienſtboten, Geſellen, Commis u. dgl. erſparen, nebſt dem täglichen Unterhalte eine angemeſſene Vergütung verlangen ***).

*) Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung Bd. IV. H. I. Nro. 3.

**) Vgl. Thibaut Verſuche. Bd. 1. Nro 13.

***) v. Bülow's und Hagemann's praktiſche Erörterungen. Bd. 2 Nro. 55.

Für ſolche Dienſte, welche zu den ſ. g. operae obsequiales nicht mehr gerechnet werden können, iſt der Genuß der Alimente kein hinlänglicher Erſatz; indem ja auch Dienſtboten, Geſellen u. dgl. nebſt dem Unterhalte noch Lohn empfangen. Daß die Kinder bei dergleichen Dienſtleiſtungen allein von der pietas filialis geleitet werden, läßt ſich dann nicht annehmen, wenn ſie ſich in einem Alter befinden, in welchem man gewöhnlich das elterliche Haus verläßt, und ſich auf eigne Rechnung in der Welt verſucht. — Was und wie viel indeß den Kindern in jedem Falle zuzuerkennen ſey, darüber müſſen überall die beſondern Umſtände entſcheiden, welche hier Einfluß auf das richterliche arbitrium haben können.

56) An der väterlichen Gewalt nimmt auch heutzutage die Mutter keinen Antheil *), daher Kinder, welche noch in der verwittweten Mutter Koſt und Unterhalt ſtehen,

a) im Allgemeinen die Fähigkeit zu teſtiren haben, und

b) bei Darleihen ſich auf das Macedonianiſche Senatusconſult nicht beziehen können; ſo wie auch

c) der Mutter kein Nießbrauch an dem eignen Vermögen der Kinder zuſteht.

Die Lehrer und Bearbeiter des Römiſchen Rechts ſind wohl heutzutage darüber einverſtanden, daß die allgemeine Reception des Römiſchen Inſtitutes der väterlichen Gewalt conſequenterweiſe auch die Anerkennung der gedachten Folgeſätze erfordere, und daß dieſer Anerkennung keine gemeinrechtlich deutſche Norm entgegenſtehe. Allein die Praxis ſchwankt noch, wie ich aus Erfahrung weiß, zwiſchen dieſer und der früherhin gangbaren Anſicht, nach welcher auch die Mutter mit den Attributen

*) S. Höpfner im Commentar. §. 103.

der väterlichen Gewalt bekleidet ſeyn ſollte. Insbeſondere neigt man ſich hierzu in denjenigen Ländern, in welchen zwiſchen den Eheleuten allgemeine Gütergemeinſchaft beſteht. Allein das Recht der väterlichen Gewalt, obwohl es bedeutenden Einfluß auf Vermögensverhältniſſe hat, iſt doch ſelbſt kein veräußerliches und mittheilbares Vermögensrecht, ſondern vielmehr ein höchſt perſönliches Familienrecht, welches zumal in ſeiner ganzen Eigenthümlichkeit und Integrität beſtehen kann, ohne daß dabei das Princip der allgemeinen Gütergemeinſchaft geſchmälert wird.

Das B. L.R. äußert ſich hierüber (I, 5. §. 1) in folgender Art: „Die väterliche Gewalt iſt eine Herrſchaft, welche der Vater über ſeine Kinder den Rechten gemäß auszuüben hat. Sie gebührt nur dem Vater allein, nicht aber der Mutter.“ — Dieſem leitenden Grundſatze reihen ſich auch die Folgeſätze ganz auf die obige Weiſe an. (Vgl. I, 5. §. 5. Nro. 1, 2. III, 3. §. 3. Nro. 3, und IV, 2. §. 4 pr.)

Weniger ſcharf hat das Pr. L.R. (insbeſondere Th. II, Tit. II, Abſch. II.) die eigentliche väterliche Gewalt von dem allgemeinen elterlichen Verhältniſſe geſchieden. — Ebenſo kennt der code civil (Art. 372 ff.) die väterliche Gewalt nur als Art der elterlichen Gewalt, welche nämlich während der Ehe allein von dem Vater ausgeübt werden ſoll.

Des O. b. G. hingegen hat die väterliche Gewalt ganz im Sinne der römiſchen potestas beiſtimmt. (Vgl. §. 147 ff.)

57) Die Eltern des außerehelichen Schwängerers ſind weder zur Entſchädigung der Geſchwängerten noch zur Alimentation des Kindes verbunden *).

---

*) Quiſtorp Beiträge Nr. 5. — Kapff merkwürdige Civilrechts-

Eine Verbindlichkeit der Eltern läßt ſich weder aus dem Standpunkte des Vergehens noch aus dem der Paterintät ableiten. Denn einerſeits ſind die Eltern nicht verbunden, für die Entſchädigung, welche ihre Kinder wegen widerrechtlicher Handlungen ſchuldig geworden ſind, zu haften, und andererſeits ſtehen die Großeltern der väterlichen Linie mit dem unehelichen Enkel weder im Familienverbande, noch in Verhältniſſen wechſelſeitiger Erbanſprüche oder der patria potestas. Das Argument ex aequitate et caritate sanguinis würde hier zu weit führen, und iſt deßwegen nicht bündig.

Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß die Eltern aus beſondern Gründen, z. B. als Erben des Sohnes, verbunden ſeyn können.

Die neuern Geſetzgebungen ſtimmen mit der obigen Entſcheidung überein.

58) Die Einrede, daß die außereheliche Mutter in dem Zeitraume, in welchen die Erzeugung des Kindes fällt, mit mehrern Männern zugehalten habe, befreit nicht nur von der Entſchädigungs- ſondern auch von der Alimentenklage *).

Die Verbindlichkeit zur Alimentation des Kindes iſt keine unmittelbare Folge des Beiſchlafs, vielmehr liegt der Grund derſelben in der eingeſtandenen, erwieſenen oder vermutheten Paternität. Alle Vermuthung muß aber wegfallen, wenn ſo viel als gewiß vorliegt, daß wegen der ſtatt gefundenen Beiſchlafsconcurrenz die beſtimmte Ausmittlung der Thatſache, von wem die Mutter ſchwanger geweſen, ins Reich der Unmöglichkeit gehöre.

ſprüche der höchſten und höheren Gerichtshöfe in Würtemberg. 1821. — Nr. 39.

*) Wernher obs. VI, 395. — Kapff a. a. S. 265—6.

Abweichend ſind das B. L.R. I, 4 §. 9 Nro. 4, und das Pr. L.R. Th. II, Tit. II §. 619—20. Das letztere beſtimmt: es hänge in dieſem Falle von dem nach den Umſtänden ſich richtenden Befunde des dem Kinde beſtellten Vormundes ab, welchen der Concumbenten er zuerſt in Anſpruch nehmen wolle. Werde aber dieſer entbunden, oder ſey er die Verbindlichkeit zu erfüllen unvermögend, ſo könne der Vormund die Rechte des Kindes auch gegen die übrigen Zuhalter, einen nach dem andern, geltend machen.

59) Die Verordnung, daß der Vormund nicht ſchuldig ſeyn ſoll, die vormundſchaftlichen Gelder auszuleihen, und, wenn er es thut, die Capitalien auf ſeine Gefahr ſtehen ſollen — iſt aufgehoben.

Die Verordnung der Nov. 72 cap. 6, in welcher Juſtinian nach Thibauts Bemerkung ſeiner Geſetzgebung ſelbſt ein testimonium paupertatis geſchrieben hat, muß nothwendig mit der Regeneration des Creditweſens durch das neue Hypothekengeſetz ihren Untergang finden.

§. 7.

Erbrecht.

60) Die Quaſipupillarſubſtitution findet

a) nur für wirklich wahnſinnige Deſcendenten, nicht aber für Taube, Stumme oder erklärte Verſchwender *) ſtatt.

b) Jeder Aſcendent kann nur in Anſehung desjenigen Vermögens ſubſtituiren, was von ihm herkömmt; wenn daher

c) mehrere Aſcendenten zugleich ſubſti-

*) S. Höpfner im Commentar. §. 511. — Schweppe Rbm. Pr. R. §. 815.

tuirt haben, ſo erhält jeder Subſtitut das Vermögen, welches von demjenigen, der ihn ſubſtituirt hat, herkömmt *).

Die Beſchränkung der Quaſipupillarſubſtitution auf das Vermögen, was der Subſtituirende dem Wahnſinnigen hinterläßt, liegt in der Natur der Sache. Denn welche enorme Unbilligkeit käme heraus, wenn z. B. ein armer Aſcendent mütterlicher Seite das große Vermögen des Wahnſinnigen, welches einzig von der väterlichen Seite hergekommen iſt, mit Ausſchluß aller Verwandten der väterlichen Seite einem aus ſeiner Sippſchaft zuwenden könnte. — Freilich iſt dieſe Unbilligkeit bei der substitutio pupillaris geſetzlich. Allein hier iſt zu erwägen, daß die Subſtitution ein Attribut der väterlichen Gewalt iſt; und jedenfalls iſt kein Grund vorhanden, der offenbaren Unbilligkeit einen größern Spielraum einzuräumen, als ihr das Geſetz ausdrücklich geſtattet hat.

61) Für die Errichtung der ſolennen Privatteſtamente gelten folgende Regeln:

a) Die Zeugen müſſen den Teſtator ſehen und von ihm geſehen werden; Blinde ſind zur Zeugſchaft unfähig **).

b) Die Unterſchrift mit Anfangsbuchſtaben, Kreuzen und andern Zeichen genügt nicht ***); eben ſo wenig die mit geführter Hand ****).

c) Die Zeugen müſſen entweder das Te-

*) Vgl. Unterholzner, v. Löhr und Thibaut im Archiv für civ. Praxis. Bd. II Nro. 5, Bd. 5, Nro. 3 und Nro. 13.

**) Vgl. Koch de conspectu testatoris. 1783. — Hagemann und Günther Archiv für die theoretiſche und praktiſche Rechtsgelehrſamkeit. Thl. I Nr. 7.

***) J. C. Roth dissertatio inauguralis juridica de subscriptione testatorum per notas. Wirceburgi 1821.

****) Hagemann und Günther a. a. O. Th. II, Nro. 4.

ſtament ſelbſt unterſiegeln und unterſchreiben, oder ihre Siegel und Unterſchriften auf der Außenſeite oder dem Umſchlage beifügen; jedenfalls muß Siegel und Unterſchrift beiſammen ſtehen *).

Die letzte dieſer Entſcheidungen iſt durch die neuerdings **) gemachte Entdeckung veranlaßt, daß die Geſetze mehr von den Zeugen fordern, als bisher nach allgemeiner Praxis angenommen wurde. Die geſetzliche Solennität beſtand nämlich darin, daß dieſelben einmal das Teſtament unterſchrieben (subscriptio), und ſodann, unter abermaliger Beifügung ihres Namens (superscriptio), zuſiegelten. — Da nun ein Schwanken zwiſchen der bisherigen Praxis und dieſer neueren Auslegung der Geſetze eintreten könnte, ſo dürfte das Dazwiſchentreten einer authentiſchen Entcheidung nicht überflüſſig ſeyn.

62) Bei des Schreibens und Leſens unkundigen Perſonen iſt zur Errichtung eines ſchriftlichen Teſtaments nothwendig, daß der Inhalt bei dem Akte des Teſtirens vorgeleſen werde, und der Teſtator ſich dazu bekenne ***).

63) Das ſ. g. testamentum parentum inter liberos erfordert

a) wenn es mündlich errichtet wird, nur die Gegenwart von zwei Zeugen ****). Sollen jedoch

*) G. L. Boehmer de testamento subscripto et subsignato in involucro, §. 10—29. (Elect. jur. civ. Tom.)

**) S. v. Savigny's Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter. Bd. 2. S. 182. — Vgl. Archiv für die civ. Praxis. Bd. 5. Heft 1. Nro. 5.

***) Vgl. Pufendorf animadv. Nro. 76. — I. H. Boehmer de testamento non praelecto §. 10—50 (Exerc. ad. P. Tom. 4).

****) Euler de testamento et divisione parentum inter liberos. Ber. 1820 p. 18—26. — Fritz Entw. der Lehre des Teſtaments der Eltern unter Kindern. Gießen. 1822.

b) aus einem ſolchen (ſchriftlichen oder mündlichen) Teſtamente dritte Perſonen Vermächtniſſe erhalten, ſo müſſen fünf Zeugen zugezogen werden *).

c) Eine Enterbung kann in einem dergleichen Teſtamente nicht geſchehen **).

64) Bei dem Teſtamente der Bauern ***) genügen

a) durchaus 5 Zeugen, von welchen

b) diejenigen, welche ſchreiben können, für ſich und die andern unterzeichnen. Wenn Jemand ein ſolches Teſtament aus dem Grunde anficht, weil ein Zeuge, der nicht unterzeichnet hat, doch des Schreibens kundig geweſen ſey, ſo hat er hierüber den Beweis zu führen.

c) Die Unter- oder Zuſieglung muß wie bei dem feierlichen Teſtamente geſchehen.

d) Iſt keiner der 5 Zeugen des Schreibens kundig, ſo iſt nur die mündliche Errichtung zuläſſig.

e) Das Privilegium kömmt auch ſolchen Perſonen zu Gute, die, ohne Bauern zu ſeyn, ſich auf dem Lande aufhalten ****).

65) Das Privilegium des bei Epidemieen errichteten Teſtaments †) beſteht

a) darin, daß die Zahl der Zeugen auf 4

---

*) S. G. P. v. Bülow über einzelne Materien des römiſchen bürgerlichen Rechts. Th. I. S. 190—1 — Fritz a. a. O. §. 23.

**) Dagegen Thibaut Pandektenrecht §. 708 — Kind quaest. for. tom. I. cap. 47.

***) Philippi de testamento hominum ruralium Lips. 1695.

****) Berger oecon. juris. lib. II. tit. IV. Th. 8. not. 1 — Höpfner im Commentar §. 462.

†) Jac. Gothofredus diss. de testamento tempore pestis condito — Püttmann probab. lib. I. p. 36 sequ. — Köchy civil. Erört. T. I n. 3. — Eine ſonderbare Anſicht hat von dem

verringert und die Einheit der Handlung nachgelaſſen iſt; daſſelbe kann

b) auch außer dem Falle einer herrſchenden Epidemie von jedem Teſtator benutzt werden, welcher an einer lebensgefährlichen anſteckenden Krankheit darniederliegt.

c) Ein auf dieſe Weiſe errichtetes Teſtament bleibt auch nach der Geneſung des Teſtators und nach dem Aufhören der Epidemie vollkommen bei Kräften.

66) Die Begünſtigung des zu frommen Stiftungen errichteten Teſtaments beſteht darin, daß nur zwei männliche Zeugen erfordert werden; die bloße Gewißheit des Willens genügt nicht *).

Die ſämmtlichen in den vorſtehenden Nummern enthaltenen Entſcheidungen betreffen die Form der Teſtamente. Eine zweifelloſe poſitive Norm iſt hier um ſo nothwendiger, da die Natur der Sache über die Modalität der Form vergebens befragt wird. Aber eben deßwegen laſſen ſich für jede einzelne Beſtimmung keine beſonderen Motive angeben, ſondern es kann im Allgemeinen nur ſoviel geſagt werden, daß überall Zweckmäßigkeit und die Beſeitigung der vorhandenen Zweifel erſtrebt wurde.

67) Die Uebergabe des öffentlichen Teſtaments durch einen Bevollmächtigten iſt unzuläſſig **).

Das testamentum judici oblatum bedarf keiner Solennitäten; dieſe werden durch die fides publica er-

---

Sinne der Const. 8. de testamentis — Schweppe R. P.R. §. 815.

*) Pufendorf obs. Tom. I. obs. 172. — I. H. Boehmer T. E. P. lib. III tit. 26. §. 19—21.

**) Kind quaest. for. Tom. II. cap. 40.

ſetzt, welche den Willen des Teſtirers bei der gerichtli⸗chen Teſtamentifaction außer allen Zweifel ſetzt. Aber wie kann dieſe Gewißheit angenommen werden, wenn das Teſtament nicht von dem Teſtirer ſelbſt, ſondern von einem Procurator übergeben wird? Wie kann hier publica fides eintreten, wo dem Betruge die gebahnte⸗ſten Wege offen ſtehen; wer bürgt dem Richter dafür, daß der vom Procurator überreichte ſchriftliche Aufſatz, den er beglaubigen ſoll, nicht unterſchoben ſey? — Die Dazwiſchenkunft der Obrigkeit vertritt bei den gerichtli⸗chen Teſtamenten die Stelle der 7 Zeugen, welche bei den Privatteſtamenten erfordert werden. Dieſe müſſen aber in conspectu et praesentia testatoris ſeyn, von demſelben aufgefordert werden, ihn hören und ſehen; und nur unter dieſen Bedingungen kann ihr Zeugſchaft gültig ſeyn. Offenbar beut ſich hieraus eine treffende Analo⸗gie für das gerichtliche Teſtament dar, deren Reſultat es iſt, daß die Oblation vom Teſtator ſelbſt geſchehen müſſe, und ein Procurator zu dieſem Behufe nicht zuläſſig ſey.

68) Ein öffentliches Teſtament wird durch Zurücknahme aus dem Gerichte nur inſofern entkräftet, als auch die Zeichen der richter⸗lichen Beglaubigung nicht unverſehrt daran bleiben *).

Die Zurücknahme kann in der Abſicht geſchehen, künftig nach Befinden der Umſtände eine Ver⸗änderung damit vorzunehmen. Findet es ſich gleichwohl ganz unverſehrt vor, ſo kann man daraus ſchließen, daß der Teſtirer eine Abänderung nicht für gut gefunden habe.

Abweichend iſt das B. L.R. III, 4. §. 2. Nro. 16.

69) Bei den im Teſtamente beſtätigten Codicillen genügt die Gegenwart von zwei Zeugen **).

*) Madihn Miſcellen. B. 1. S. 102. — Vgl. v. Savigny Geſchichte des Röm. Rechts im Mittelalter. B. 1. S. 82—5.

*) J. H. Boehmer de testamentis absque testibus validis. Ex-

Auch bei Codicillen ſind Weiber zur Zeugſchaft unfähig *); ebenſo der in dem Codicille bedachte Legatar **).

70) Wurde das Vermächtniß durch bloße Mittheilung des Willens an den gegenwärtigen Erben errichtet, ſo kann der Beweis darüber nur durch Eidesantrag geführt werden ***).

Die Beſchränkung der Beweismittel hält hier mit der Erlaſſung aller Form das Gleichgewicht.

71) Reine Schenkungen ſind in der Regel der Collation nicht unterworfen ****).

Denn es läßt ſich hier gemeinhin die Abſicht annehmen, daß der beſchenkte Deſcendent vor Andern begünſtigt werden ſoll. Vgl. D. b. G. §. 791. — Dagegen B. L.R. III, §. 15 Nro. 10.

72) Der Wille des Aſcendenten, daß eine der Regel nach nicht zu conferirende Zuwendung demungeachtet zur Collation kommen ſoll, kann durch bloße ſ. g. Annotationen nicht bewieſen werden †).

Gute Hauswirthe pflegen jede Verfügung über ihr Vermögen, insbeſondere jede Ausgabe pünktlich aufzuzeichnen, ohne dabei eine andere Abſicht zu hegen, als die, in ihrer Hauswirthſchaft Ordnung zu erhalten.

Vgl. B. L.R. III, 1, §. 15, Nro. 17: „Maßen die „bloße Aufzeichnung der Collationspoſten in des Erb„laſſers Haus-Calender oder Einſchreibbüch-

erc. Tom. V. — G. L. Boehmer in praef. ad exerc. Tom. V. §. 11. ff. — G. H. Lehr Erörterung der Frage: ob bei den im Teſtamente beſtätigten Codicillen Zeugen nöthig ſind. Darmſt. 1791.

*) Spangenberg de muliere ob test. solenn. testimon. ferundi in codicillis experte. Gott. 1770.

**) Schweppe Röm. Pr. R. §. 890.

***) Archiv für civ. Praxis. B. 2. S. 188—9.

****) Püttmann adv. II, 7.

†) Bülows Abhandl. Th. I S. 207—12.

„lein ſo wenig als andere dergleichen Muthmaßungen „zu dießfalligem Beweiſe erklecklich ſind." — S. auch Pr. L.R. II, 2, §. 291.

73) **Der dem Verkäufer ſeines Erbtheiles ſpäter anwachſende Erbtheil eines Miterben kann, wenn nichts Anders ausgemacht iſt, vom Käufer nicht in Anſpruch genommen werden** *).

Die hierüber beſtehende Streitfrage muß in jedem einzelnen Falle als Thatfrage — über das id quod actum inter contrahentes behandelt werden. Nach dieſem Geſichtspunkte wird in der Regel anzunehmen ſeyn, daß der Vertrag nur dasjenige zum Gegenſtande gehabt, worüber der Verkäufer zur Zeit der Abſchließung zu verfügen hatte. — Allein aus den beſondern Umſtänden des einzelnen Falles kann ſich auch das Gegentheil ergeben.

74) **Das Anwachſungsrecht unter Collegatarien findet auch dann ſtatt, wenn jedem derſelben ein beſtimmter ideeller Theil angewieſen iſt** **).

Auch hier handelt es ſich von einer quaestio facti. Die Abſicht des Teſtirers ſoll entſcheiden. Nun läßt es ſich nicht behaupten, daß dieſe bei Zuweiſung ideeller Theile immer darauf gehe, jeden Collegatar für alle Fälle auf den ihm zugewieſenen ideellen Theil zu beſchränken; — vielmehr iſt kein Grund vorhanden, hier eine andere Regel zu befolgen als bei den andern Arten der conjunctio. — Uebereinſtimmend ſind das B. L. R. III, 6, §. 15, Nro. 6, und der code civil, Art. 1045. Das O. b. G. unterſcheidet: „Iſt das ganze Vermächtniß mehrerer Perſonen ungetheilt oder ausdrücklich

*) Con. Cucumus diss. de jure accrescendi, cui competat post venditam hereditatem. Wirceburgi 1818.

**) Vgl. Cujacii obs. lib. 24, cap. 34. — Glück im Commentar. Bd. 9, §. 637. — Höpfner im Commentar. §. 581. Not. 1.

zu gleichen Theilen zugedacht, ſo wächſt der Antheil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen eben ſo, wie den Miterben die Erbſchaft zu. Außer den gedachten zwei Fällen bleibt das erledigte Vermächtniß in der Erbſchaftsmaſſe."

75) Ein ungültiges Teſtament kann als Codicill beſtehen, wenn gleich die ſ. g. Codicillarclauſel nicht beigefügt wurde *).

Es läßt ſich wohl nicht bezweifeln, daß durch Realiſirung dieſer Regel in jedem Falle dem eventuellen Willen des Teſtirers entſprochen wird. Wenn nun in dieſem Punkte auf des Teſtirers Willen überhaupt Rückſicht genommen werden ſoll, ſo dürfte obige Entſcheidung der bekannten Controverſe als gerechtfertigt erſcheinen. — Vgl. B. L.R. III, 5, §. 2, Nro. 5, wo es heißt: „Wenn aber gleichwohl eine Erbeinſetzung, Subſtitution oder dergleichen in einem Codicill nicht nur indirekt ſondern direkt vorkömmt, ſo läßt man ſie nichts deſtoweniger in vim fideicommissi gelten, ungeachtet die clausula codicillaris nicht beigefügt iſt."

76) In das ſ. g. Trebellianiſche Viertheil wird

a) der Pflichttheil nicht eingerechnet; wohl aber

b) die dem Fiduciar ausgeſetzten Vermächtniſſe, und

c) die bis zur Reſtitution gezognen Früchte; — nur Söhne und Töchter des Teſtirers brauchen ſich letztere nicht einrechnen zu laſſen **).

Vgl. B. L.R. III, 9, §. 9.

77) Die Schenkung von Todeswegen muß bei Lebzeiten des Schenkers acceptirt wor-

*) Höpfner a. a. O. §. 512, Not. 1.

**) Vgl. v. Lindelof im Archiv für civil. Praxis. Bd. IV, Nr. 30.

den ſeyn. Nur wenn die Acceptation fehlt und es ſich davon handelt, das Geſchäft als Vermächtniß aufrecht zu erhalten, müſſen die für die Errichtung von Vermächtniſſen vorgeſchriebenen Formen eingehalten ſeyn*).

Das B. L. R. äußert ſich III, 8, §. 3: „Legate und Schenkungen von Todeswegen ſind zwar dem gemeinen Rechte nach in einigen Stücken verſchieden, welcher Unterſchied aber heutzutage nicht mehr beobachtet wird.“ Das O. b. G. verordnet §. 956: „Eine Schenkung, deren Erfüllung erſt nach dem Tode des Schenkenden erfolgen ſoll, iſt mit Beobachtung der vorgeſchriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß gültig. Nur dann iſt ſie als ein Vertrag anzuſehen, wenn der Beſchenkte ſie angenommen, der Schenkende ſich des Befugniſſes, ſie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine ſchriftliche Urkunde darüber dem Beſchenkten ausgehändigt worden iſt.

78) Das Rechtsmittel aus der Novelle 115 hat nicht die Natur der querela inofficiosi, ſondern die der querela nullitatis **).

79) Die ſuccedirende arme Witwe braucht ſich das wenige Vermögen, was ſie etwa ſelbſt beſitzt, in ihren Erbtheil nicht einrechnen zu laſſen ***).

80) Die Frage, ob eine Schenkung inofficios geweſen, iſt nach dem Beſtande des Vermögens zur Zeit der Schenkung zu beurtheilen ****).

---

*) Vgl. Schirach im Archiv für civil. Praxis, Bd. II, Nr. 31.

**) Vgl. Schweppe R. Pr. R. §. 968, und die daſelbſt angeführten Schriftſteller.

***) Vgl. Martin Rechtsgutachten und Entſcheidungen des Heidelberger Spruchcollegium. Bd. 1. Nro. 10, §. 11, 12.

****) S. Thibaut Pandectenrecht. §. 904.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Druckfehler.

Seite 21 Z. 27 — ſt. Widerſetzlichkeit — lies — Widerſetzung.
— 22 Z. 26 — ſt. gerecht — lies — gerechtfertigt.
— 25 Z. 25 — ſt. enthält — lies — erhält.
— 32 Z. 2 — ſt. thätige — lies — thätliche.
— 40 Z. 25 — ſt. allein — lies — denn.
— 82 Z. 21 — nach — Exiſtenz — ſchalte ein — und der Vorzug.

Seuffert, Johann Adam,

Beyträge zur Gesetzgebung, insbesondere des Königreichs Baiern

Würzburg 1823

Bavar. 2459 o
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10378610-4